

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

---

LA THÉORIE

DES DIFFÉRENTS

ORDRES DE LOIS

D'APRÈS MONTESQUIEU

ET

SON APPLICATION A L'HISTOIRE

LE "DIVORCE" DE NAPOLEON

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

PAR

E. CHEVALLEY

*Président:* M. CAPITANT

*Suffragants* { M. MASSIGLI  
M. CUQ

LE CAIRE

IMPRIMERIE PAUL BARBEY

18, RUE ABD-EL-AZIZ

1412



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41549923\\_0004](https://archive.org/details/IA41549923_0004)





THÈSE  
POUR  
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

---

LA THÉORIE

DES DIFFÉRENTS

ORDRES DE LOIS

D'APRÈS MONTESQUIEU

ET

SON APPLICATION A L'HISTOIRE

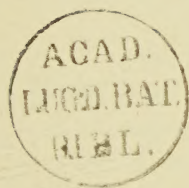
LE "DIVORCE" DE NAPOLÉON

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

PAR

E. CHEVALLEY



*Président:* M. CAPITANT

*Suffragants* { M. MASSIGLI  
M. CUQ.

---

LE CAIRE

IMPRIMERIE PAUL BARBEY

18, RUE ABD-EL-AZIZ



## INTRODUCTION

---

Il y a donc différents ordres de lois : et la sublimité de la raison humaine consiste... à ne point mettre de confusion dans les principes qui doivent gouverner les hommes.

ESPRIT DES LOIS. XXVI. 1.

M. le comte Destutt de Tracy, Pair de France, Membre de l'Institut et de la Société philosophique de Philadelphie, auteur d'un remarquable *Projet d'Eléments d'Idéologie* à l'usage des écoles centrales de la République française, publié en l'an IX, entreprit un jour, il y a cent ans, d'écrire un *Commentaire sur l'Esprit des Lois*.

Fort, dit-il, de l'énorme avantage que lui donnait sur Montesquieu l'expérience de cinquante prodigieuses années, il le corrigea abondamment. Mais arrivé au Livre XXVI : *Des lois dans le rapport qu'elles doivent avoir avec l'ordre des choses sur lesquelles elles statuent*, il perdit courage et écrivit : « IL N'Y A RIEN A TIRER DE CE LIVRE. »

Or, c'est celui que je voudrais étudier : on me permettra de quitter sans regret ce désobligeant introducteur.

---



## CHAPITRE PREMIER

---

### Esprit des Lois. — Esprit de l'Histoire.

« Je lisais Grotius et Puffendorf, je lisais Barbevrac... je lisais Locke et ses traités... mais mes délices, c'était de lire et relire Montesquieu, dont l'énergie de style et les hardiesses d'hypothèses furent si puissantes pour éveiller et stimuler le génie du siècle. »

GIBBON

« Citer Montesquieu, en détacher un mot que l'on place dans un écrit, cela honore, disait Sainte-Beuve... C'est un de ces hommes que l'on n'aborde qu'avec crainte, à cause du respect réel qu'ils inspirent, et de l'espèce de religion qui s'est faite autour d'eux. » Cette haute déférence qui n'est point toute académique, et cette impression de respect à laquelle nul n'échappe, seraient une gêne véritable pour la critique des idées, si mon dessein n'était ici bien moins de discuter les doctrines de Montesquieu que de les exposer, pour montrer l'influence qu'elles eurent, je crois, sur des hommes et des actes de l'histoire.

L'influence de Rousseau sur la Révolution est bien connue. Celle de Montesquieu sur l'Empire et l'empereur lui-même demeure, semble-t-il, à peine soupçonnée. Quand on a dit que « Portalis récitait l'Esprit des Lois comme un catéchisme », on est bien près d'avoir tout dit ; on y trouve matière à raillerie plutôt qu'à réflexion, et dans l'histoire une autre idée prévaut : que cette grande réorganisation politique de la

France consulaire qui devait s'étendre à toute l'Europe et au monde, se fit sans maître, sans guide, sans principes, par la seule volonté d'un jeune général qui pliait les hommes aux vues inspirées de son génie, les lois aux vues secrètes de son ambition, et les événements au gré de son caprice.

Vainement les historiens modernes ont-ils montré l'insuffisance et l'invraisemblance de cette conception simpliste : elle demeure comme une intangible vérité populaire, non parce qu'elle est vérité, mais parce qu'elle s'accorde aux images âpres et violentes de l'histoire-poésie. Un Napoléon savant, qui eût lentement appris l'art de gouverner les peuples, qui eût étudié dans des livres les problèmes que l'ancien régime avait posés sans les résoudre, et qui en eût laborieusement médité les solutions, cet homme de l'histoire ne peut être celui de la légende. Le savant ne fait point de miracles, et le héros que la France attendait c'est le Corse qui maîtrise la cavale, l'aigle qui plane aux voûtes éternelles, ou bien celui qui n'a point de nom et dont le nom est pourtant dans toutes les mémoires. Comme si Brumaire eût tranché les derniers liens qui rattachaient l'homme à la terre, la nef impériale s'élève au-dessus de la France : elle touche le monde en des lieux désormais consacrés par l'histoire : Marengo, Austerlitz, Friedland ; elle se perd aux frimas de la Russie et s'écroule dans un fracas de géants... Tel est l'Empire dans la conception populaire, un royaume qui n'est point de la France, qui ne tient ni à son avenir ni à son passé, qui peut s'élever sans que la France grandisse et tomber sans qu'elle soit atteinte, un pays de rêve situé entre ciel et terre, séparé du temps jadis par les gloires de la Révolution et du présent par les tristesses de Sainte-Hélène. Et cela est si vrai que l'on peut, encore aujourd'hui, être historien de l'Empire sans être historien de la France : là est l'erreur.

Rendons grâce, si l'on veut, à la faute sublime de cette histoire poétique qui nous a créé des légendes immortelles ;

mais elle ne nous a donné qu'une idée fausse de l'Empire en l'isolant du monde. Aussi longtemps que nous n'aurons pas réalisé, par exemple, que le partage de la Pologne et la conquête de l'Hindoustan furent des événements esquissés au XVIII<sup>e</sup> siècle mais véritablement contemporains de Bonaparte, qui ont rompu l'équilibre de l'Europe et du monde sous l'Empire et non pas sous Louis XV, nous ne comprendrons pas la politique napoléonienne. Tant que nous n'aurons pas reconnu que la guerre du pape et de l'empereur fut celle de Bossuet même et aboutit pour des raisons pareilles aux scissions modernes, que le décret de Berlin a son origine dans les traités de Paris, de Versailles, d'Eden et dans l'Acte de navigation de 1793, son explication dans les doctrines de l'école positive du XVIII<sup>e</sup> siècle, tout comme il a eu son effet dans le droit de visite de Louis-Philippe, le traité de 1856, les conférences de La Haye et la Convention navale de 1909, c'est-à-dire tant que nous n'aurons pas rattaché par des rapports vrais et réels la France impériale à la France royale et <sup>4</sup>à la France républicaine, nous n'aurons qu'une idée vague, fausse, arbitraire, littéraire ou poétique de l'Empire, et non point une idée juste et historique.

Je voudrais donc que de ces romans plus romanesques que l'Iliade qui sont les Mémoires de la Révolution et de l'Empire, de ces faits par eux-mêmes si merveilleux que la moindre exagération du conteur les transforme en légendes, de ces histoires qui, dans toutes les langues, ont écrit pour tous les peuples le récit de convulsions nationales qui ébranlèrent le monde, de tout ce chatoiement de formes, de couleurs, de bonnets rouges ou de broderies dorées, « on cherchât l'esprit », comme disait Montesquieu. Puis cette analyse faite, qui doit l'être sur des textes et non sur les documents falsifiés de la légende, je voudrais qu'on essayât, avec toutes les prudentes réserves nécessaires, de rattacher les fils de la tradition que la Révolution paraît avoir coupés.

Les hommes de 93 ne sont pas moins grands pour être les enfants d'un siècle antérieur, et Napoléon lui-même ne sera pas moins l'Empereur s'il est prouvé qu'il ne fut pas fils de Jupiter et de Bellone, mais homme, fils des hommes, et disciple de leurs idées. Pour l'avoir fait apparaître sur le monde comme un de ces dieux capricieux des anciens qui créaient eux-mêmes les dieux au gré de leur caprice, nous l'avons rendu inintelligible, intangible pour ses admirateurs, incompréhensible pour ses adversaires. Ramenons-le donc à ce qu'il fut, un homme nourri du lait de l'humaine sagesse, qui eut ses erreurs, plus ou moins que d'autres, je ne sais, mais que l'on comprend mieux à mesure que l'on peut rattacher sa pensée à ces grands esprits du XVIII<sup>e</sup> siècle, dont il fut le disciple agissant et qui furent ses maîtres : Mably, Raynal, et surtout Montesquieu. De Mably lui vint peut-être l'idée du droit public fondé sur les traités, et de Raynal celle de la lutte maritime qui se traduisit en faits dans le système continental. Toutefois, cela même était dans Montesquieu.

Ce serait un beau chapitre d'histoire et de droit que celui qui aurait pour titre *l'Empire de l'Esprit des Lois* ; un jour il s'écrit, et Joubert en a déjà donné l'esquisse : « Montesquieu, disait-il, semble enseigner l'art de faire des empires ; on croit l'apprendre en l'écoutant, et chaque fois qu'on le lit, on est tenté d'en construire un. » Mais ce dessein trop vaste déborderait encore les matières de droit privé où cette étude doit se limiter. Je voudrais donc seulement prendre dans l'Esprit des Lois une des idées les plus fécondes, celle de la distinction des différents ordres de lois, montrer que Napoléon en fut pénétré, et expliquer peut-être par là quelques-uns de ces actes qui font le scandale de l'histoire mal instruite du droit, ou du droit mal informé par l'histoire.

Il n'est d'ailleurs pas si hasardeux qu'on le croirait d'abord de prendre Montesquieu pour guide hors de l'esprit des lois. Lui-même se complaisait dans le domaine des faits, et c'est

Sainte-Beuve qui le remarque avec cette prudente finesse qui est le charme de sa critique : « Il eut l'idée de devenir ambassadeur.... Mais le plus sûr est qu'il soit resté ce que nous le savons et ce que nous l'admirons : le grand, l'immortel investigateur, souvent hasardeux mais toujours fécond, de *l'esprit de l'histoire*. »

## CHAPITRE II

---

### Il y a donc différents ordres de Lois...

« Comme dans cet ouvrage, je ne suis point théologien, mais écrivain politique, il pourrait y avoir des choses qui ne seraient entièrement vraies que dans une pensée humaine, n'ayant point été considérées dans le rapport avec des vérités plus sublimes.... »

... Quelles que soient les lois, il faut toujours les suivre et les regarder comme la conscience publique à laquelle celle des particuliers doit se conformer toujours. »

MONTESQUIEU.

J'avoue que je me trouve tenté de terminer ici ce chapitre en disant comme le bon Destutt de Tracy : « Il n'y a rien à tirer de ce livre ». Ce n'est point toutefois que cette seule affirmation : « Il y a différents ordres de lois », ne soulève aucune discussion et ne mérite point l'examen. Mais c'est que, d'une part, l'existence des différents ordres de lois est d'une vérité pratique si commune qu'elle ne permet point la discussion, et que, d'autre part, l'idée est redoutable, soulevant immédiatement le conflit de la morale et du droit où l'on se perd. Il y a différents ordres de lois, mais pourquoi y a-t-il différents ordres de lois ?

Le fait ne peut se discuter ; l'idée, on n'ose l'aborder :

c'est que la question est grave. Nous avons l'instinct d'une vérité morale qui est unique. A notre sentiment, cette vérité morale devrait trouver son expression dans la loi : « Le droit doit aussi, de plus en plus, faire pénétrer dans son domaine les règles de morale, et ordonner les rapports des hommes de telle sorte qu'ils ne contiennent rien de contraire aux prescriptions de celle-ci » (1). S'il n'y a qu'une morale, il ne devrait y avoir qu'un ordre de lois : pourquoi en avons-nous plusieurs ? S'il y en a plusieurs, nous sommes tentés de concevoir plusieurs ordres de vérité morale, et cependant la nature ou notre éducation s'y opposent.

Il n'y a qu'une raison et qu'une justice, donc il ne devrait y avoir qu'un droit ! Voilà l'affirmation philosophique de notre raison, qui prenant ainsi son essor vient se heurter au fait : les hommes sont gouvernés par plusieurs sortes de droits ! C'est, transporté dans le domaine juridique, le conflit où se débattent les esprits religieux et où sombre souvent leur foi : il n'y a qu'un Dieu, mais il y a plusieurs religions.... C'est le conflit de la vérité morale et des morales pratiques variables, suivant les temps, les hommes, les lieux et les circonstances. C'est encore le conflit de la diversité des sciences malgré l'unité entrevue de la matière et de la force. C'est la question Protée que l'humanité pensante pose à chaque génération et que chaque esprit résout à sa manière, soit par la foi aveugle qui s'absorbe dans la volonté de croire au principe, soit par le scepticisme qui se tient à la constatation des formes extérieures variables, soit par le départ, résolument accepté, entre ce qui est et ce qui devrait être. Cette dernière solution, la plus digne et la plus noble, est d'ailleurs la plus féconde, car elle réunit la foi dans les principes avec la connaissance scientifique des faits ; elle n'impose aucune abdication de la

1.— CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 5.

raison devant la conscience, ni de la conscience devant la raison; elle crée deux ordres de connaissances que l'homme cherche à joindre, à concilier et à confondre, soit que savant et philosophe il cherche l'unité de la loi scientifique ou morale, soit qu'homme d'action, il cherche le moyen d'imposer au monde l'unité du droit.

Est-ce un rêve? Ce que l'on voit par l'histoire, c'est que la diversité des lois, d'abord locales, puis régionales et nationales, tend à s'atténuer, puisque le monde a ouvert des assises et proclame lentement des lois universelles. Suffira-t-il de la raison pour imposer cette loi ou faudra-t-il la force? Suffira-t-il de convaincre les rois par la volonté des peuples, ou, comme Napoléon, faudra-t-il essayer de conduire les peuples par la volonté des rois? Nul ne le sait encore, mais malgré ces différences de méthode le but reste le même, marche constante vers l'unité du droit. Si dans cet immense effort, deux ordres de lois semblent encore distincts, celui des lois internes et celui des lois internationales, du moins la formule de leur fusion a-t-elle été trouvée, et c'est l'honneur de la Convention de l'avoir proclamée à la face du monde dans un temps où le monde ne voulait point l'entendre: « Un peuple, disait Grégoire, doit agir à l'égard des autres peuples comme il désire qu'on agisse à son égard; ce qu'un homme doit à un homme, un peuple le doit aux autres peuples » (1). Enfin si l'on ne trouve encore là que la formule morale de la loi commune des peuples et des individus, nous en trouverons la formule juridique dans Montesquieu, car, disait-il, on peut considérer le droit des gens comme le droit civil de l'univers, « dans le sens que chaque peuple en est un citoyen ».

Mais cela est-il vrai? Cela est-il possible? Et quand nous aurions confondu le droit des nations avec celui des

1.— *Déclaration du droit des gens de Grégoire*, art. 2.

individus, aurions-nous réalisé l'unité idéale du droit ? Nullement. Il resterait encore que les individus dans l'ordre interne sont régis par diverses sortes de lois : là est la limite pratique de l'unification du droit, la borne que les efforts les plus constants n'ont su abattre, parce que la raison se heurte aux faits. Le fait c'est que les hommes vivent en société, et que la personne de l'individu, partie de la société, diffère en tout de la personne morale qui représente la société. L'un poursuit son intérêt particulier, l'autre ne prétend qu'à l'intérêt commun. La personne individuelle vit, puis elle meurt, tandis que la personne morale représentée par l'Etat ou par le prince ne meurt pas : « La personne qui est revêtue de la suprême magistrature meurt, disait Portalis ; le prince ne meurt jamais, il est toujours présent au corps entier de la nation. » Il en résulte que les lois qui concernent l'individu et qui sont d'ordre privé ne peuvent être de même nature que les lois d'ordre public qui concernent l'Etat ou le prince.

Ainsi et sans multiplier ces exemples inutiles, il est conforme à la raison de concevoir l'unité du droit, et contraire à la raison de prétendre l'imposer avant que d'avoir changé la nature de l'homme et ses rapports avec la société où il vit. Un droit unique réglerait peut-être des rapports d'ordre idéal vers lesquels nous devons tendre. Mais il faut se résigner aux différents ordres de lois, tant que la société sera ce qu'elle est, c'est-à-dire un moyen de défendre l'individu contre l'individu même. Contre notre propre sentiment, la raison nous ramène donc à ce qu'elle nie : l'existence des différents ordres de lois. Et à partir du moment où l'unité du droit se brise au pli des exigences pratiques de la vie, la nécessité introduite des différents ordres de lois devient sans limite fixe, parce qu'elle varie suivant les besoins variables eux-mêmes des peuples, des temps et des moments.

Avant que d'entrer dans cette diversité, séparons donc nettement, dans la mesure où ils doivent et peuvent l'être, l'ordre

moral de l'ordre juridique. « Il semble, disait La Bruyère, que le héros est d'un seul métier, qui est celui de la guerre, et que le grand homme est de tous les métiers, ou de la robe, ou de l'épée, ou du cabinet, ou de la cour: l'un et l'autre mis ensemble, ne pèsent pas un homme de bien. » Cela est d'une grande, divine et consolante vérité morale, mais cela dépend proprement de la balance. Je ne prétends point que le soldat, ni le politique l'emportent sur François d'Assise : il me suffit, en humaine justice, que l'un et l'autre aient observé les humaines lois du droit et du devoir de leur condition et de leur temps. Si pénible et douloureuse que soit cette distinction du droit pratique et de la morale pure, il la faut faire, car, vivant en société, les hommes, princes ou particuliers, sont contraints d'obéir à des lois, et ces lois ne sont point toujours l'expression pure de l'idéal moral (1). Obéir à la loi, c'est la justice humaine, et elle peut être différente de la justice idéale.

1. — Ce conflit a été si souvent étudié que les exemples en abondent; voici seulement quelques phrases caractéristiques:

« La loi règle les actions, disait Portalis, elle ne scrute pas les pensées, elle répute licite tout ce qu'elle ne défend pas; néanmoins ce qui n'est pas contraire à la loi n'est pas toujours honnête ». (*Livre préliminaire du Code civil*, Titre IV, art. 8).

« La loi civile n'est pas obligée de se plier à tous les préceptes de la morale religieuse; s'il en était autrement, les lois ecclésiastiques deviendraient la seule loi de l'Etat, parce qu'il n'est rien que la morale ne règle par ses préceptes... Il n'y aura donc point de discordance entre les lois civiles et les lois religieuses. Celles-ci sont la morale, elles poursuivent le désordre jusqu'au fond des cœurs; la loi civile n'arrête que les désordres extérieurs, lorsqu'ils troublent la tranquillité publique. La morale prend l'homme là où la loi civile cesse de le régir; elle va donc plus loin que la loi civile, elle condamne ce que la loi civile ne doit pas apercevoir. » (PORTALIS, *Discussion du Code civil*, Discours pp. 344 et 346.)

« Le droit n'est pas comme la morale qui envisage la faute

Pour l'histoire qui juge surtout les actes des princes, deux ordres de mesures se présentent : celui de la morale, qui dit tel acte est bon, et celui de la loi, qui ne dit pas tel acte est bon ou juste divinement, mais tel acte est légal et juste humainement, c'est-à-dire conforme à la loi du lieu et du moment. L'une et l'autre mesure sont équitables : à une seule condition, c'est que l'on précise nettement si l'acte est jugé d'après la loi légale ou d'après la loi morale.

Malheureusement, les mots passent d'un ordre à l'autre, et l'on dit également d'une chose qu'elle est juste quand elle est conforme à la loi humaine et quand elle est conforme à la loi divine. Nos esprits ont établi plus de rapports que la langue ne nous fournit de mots : d'où une première cause de confusion. D'autre part, les historiens ont une tendance fort naturelle à mesurer les actes d'après cette mesure morale que le seul entendement leur fournit sans l'étude du droit, et ils proclament juste au point de vue moral ce qui est peut-être injuste au point de vue légal, ou bien injuste en morale ce qui n'est peut-être que la stricte application de la loi.

Dans ces conflits de lois et ces confusions de mots, nos jugements s'obscurcissent. Viennent maintenant les passions qui troublent le discernement, les mémoires qui mentent ou

en elle-même et abstraction faite de ses résultats... Le droit n'a point à tenir compte d'une faute qui n'aurait produit aucun dommage ». (PLANOL, *Droit civil*, II, paragr. 867.)

« Cette détention pouvait être injuste, mais elle n'était pas illégale ». (GARÇON, *Code pénal annoté*, p. 579).

En droit civil, la théorie des contre-lettres ou celle du dol en mariage marquent l'opposition de la morale et du droit, et le conflit, exceptionnel dans le droit interne, devient presque constant dans le droit externe. Cette discordance de la morale et du droit international justifie les projets de réforme de l'abbé Grégoire en 1793 et s'atténue par la codification moderne.

les témoignages des dupes de bonne foi, que tout cela survienne à la fois, comme il est de règle dans les moments de crise, et l'honnête homme, perdu dans ces contradictions, se rattachera désespérément à cette idée fausse : cela est juste, parce que cela est conforme à ma conscience d'honnête homme ! Erreur d'autant plus regrettable qu'il n'est alors au contraire qu'une seule règle à suivre, celle qui n'est peut-être pas toujours d'accord avec la conscience individuelle, mais qui est toujours d'accord avec le devoir général et pratique, justement parce qu'elle fut écrite et convenue pour préciser ce devoir dans les cas de crise et de conflits : **la loi**.

Il arrive même que plus le souverain applique cette loi avec fermeté, plus la conscience de l'honnête homme proteste, car l'un dans une crise ne voit et ne peut voir que le devoir général et le salut de l'Etat, tandis que l'autre ne perçoit que le devoir et le droit de l'individu. « Il n'y a rien de pire que les honnêtes gens dans les crises politiques, disait Napoléon, lorsqu'ils ont la conscience fascinée par de fausses idées » (1). Souvent citée, cette phrase n'est qu'un corollaire de cette autre phrase de Montesquieu : « Il y a donc différents ordres de lois », et elle résume en deux lignes ce regrettable mais inévitable conflit des droits qui ne se résout que par la clarté des principes, en séparant, dans la mesure où ils le doivent être, l'ordre moral de l'ordre juridique. Cela aussi doit entrer dans l'esprit de l'histoire.

« Je n'ai point dit ceci, écrivait Montesquieu, pour diminuer rien de la distance infinie qu'il y a entre les vices et les vertus : à Dieu ne plaise ! J'ai seulement voulu faire comprendre que tous les vices politiques ne sont pas des vices moraux, et que tous les vices moraux ne sont pas des

1.— *Mémorial de Sainte-Hélène*.

vices politiques » (1). « Prenons-y garde, mes collègues, disait Méchin en 1819, et que pour nous, qui avons tous cheminé dans la vie, l'expérience du passé nous soit profitable : avec la loi, tout est bien, tout est ordre, régularité, justice ; hors la loi, tout est péril, confusion, désordre, iniquité ! » (2).

1. — *Esprit des Lois*, L. XIX, chap. 11.

2. — LALLEMENT, *Discours et opinions*, t. XXII, p. 35.

### CHAPITRE III

---

#### Et la sublimité de la raison humaine...

Distinguant, dans la mesure et dans les cas où elles doivent l'être, les lois d'ordre moral et idéal des lois d'ordre législatif et pratique, nous n'avons encore établi qu'une distinction de sens commun, qui n'impose qu'un examen sommaire des faits et n'exige aucune connaissance juridique approfondie. Mais il faut aller plus loin dans cette spécialisation des sortes de lois, et, abandonnant l'ordre moral aux principes et aux méthodes qui lui sont propres, entrer dans l'ordre juridique, seul objet de cette étude, seul sujet du Livre XXVI de l'Esprit des Lois : *Des lois dans le rapport qu'elles doivent avoir avec l'ordre des choses sur lesquelles elles statuent.*

La diversité des lois d'ordre juridique étant une conséquence nécessaire de l'état de société et des obligations multiples et parfois contradictoires qu'il impose, quelle est la sorte de diversité admise par Montesquieu, et quelle est l'importance de distinguer ces divers ordres de lois ?

« Les hommes, dit-il, sont gouvernés par diverses sortes de lois :

- par le droit naturel ;
- par le droit divin, qui est celui de la religion ;
- par le droit ecclésiastique, autrement appelé canonique, qui est celui de la police de la religion ;
- par le droit des gens qu'on peut considérer comme le droit civil de l'univers, dans le sens que chaque peuple en est un citoyen ;

— par le droit politique général, qui a pour objet cette sagesse particulière qui a fondé toutes les sociétés ;

— par le droit politique particulier, qui concerne chaque société ;

— par le droit de conquête, fondé sur ce qu'un peuple a voulu, a pu, ou a dû faire violence à un autre ;

— par le droit civil de chaque société, par lequel un citoyen peut défendre ses biens et sa vie contre tout autre citoyen ;

— enfin par le droit domestique, qui vient de ce qu'une société est divisée en diverses familles qui ont besoin d'un gouvernement particulier. »

Soit, au total, neuf sortes de lois, qui se partagent l'ordre juridique, dont chaque homme est le sujet, et dont l'ensemble constitue l'empire des lois tel que le concevait Montesquieu au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle. Et voici maintenant l'importance qu'il y attache :

« Il y a donc différents ordres de lois ; et la sublimité de la raison humaine consiste à savoir bien auquel de ces ordres se rapportent principalement les choses sur lesquelles on doit statuer, et à ne point mettre de confusion dans les principes qui doivent gouverner les hommes » (1).

1.— Cf. PORTALIS, *Libre préliminaire du Code Civil*, titre V, art. 4 :

« L'application de chaque loi doit se faire à l'ordre des choses sur lesquelles elle statue ; les objets qui sont d'un ordre différent ne peuvent être décidés par les mêmes lois. » Ce n'est que la paraphrase de la doctrine fondamentale de Montesquieu ; mais Portalis ne parle que des lois du Code et formule une règle pratique, tandis que Montesquieu parle des ordres de lois qui embrassent l'universalité des rapports juridiques, écrits ou non écrits, qui s'établissent entre tous les hommes de tous les temps, et formule une règle philosophique, à la fois historique et juridique.

C'est sur ce chapitre que M. de Tracy a écrit la glose que l'on sait : « Il n'y a rien à tirer de ce livre.... Sous un titre assez énigmatique, tout ce livre se réduit à un seul point : qu'il ne faut pas se décider sur une question, par les motifs qui ont déterminé à l'égard d'une autre d'une nature toute différente. Cela est trop évident pour que personne soit tenté de le nier.... N'ayant donc aucune instruction nouvelle à tirer de ceci, je passe outre sans plus tarder. » (1)

Je ne saurais retenir M. de Tracy, encore que son commentaire me semble plus obscur que le texte, soit qu'il ne l'ait pas compris, soit que son éblouissante évidence m'aveugle, soit enfin qu'il ait raison et que le texte de Montesquieu soit, en effet, clair et naïf.

Toutefois si Montesquieu, qui n'était pas un naïf, appelle *sublimité de la raison humaine* ce que M. de Tracy, qui n'était pas un génie, appelle simple évidence, je soupçonne là quelque malentendu, soit qu'il y ait désaccord sur le sens des mots, soit qu'il y ait difficulté dans l'application d'un principe aussi simple, car je ne saurais admettre que ce que le dernier venu comprend par évidence naturelle, Montesquieu le mît à si haut prix.

Et en admettant même qu'il ait involontairement exagéré la portée de son affirmation, je sens bien, en effet, dans sa phrase, qu'il y a quelque difficulté d'ordre pratique plutôt que théorique. Il s'agit de savoir *bien* à quel ordre de lois se rapportent *principalement* les choses sur lesquelles on doit statuer. Nous avons donc là matière complexe, qui peut toucher à deux ordres de lois, principalement à l'un, accessoirement à l'autre ; et la difficulté est, non pas de savoir,

1. — *Commentaire sur l'Esprit des Lois*, pp. 12 et 398.

mais de savoir « bien », quel ordre de lois il convient d'appliquer pour statuer. (1).

Est-ce à dire qu'il ne faudrait point, par exemple, appliquer un article du Code civil à un délit puni par le Code pénal? Nullement, car cela c'est une simple question de compétence judiciaire, et si difficile qu'en soit parfois la détermination, je n'imagine point, cependant, que le juge de première instance qui prononce, prétende jamais avoir atteint, par cela seul, « la sublimité de la raison humaine ».

D'une part, ce juge n'a point eu à chercher précisément quel *ordre de lois*, au sens de Montesquieu, s'applique. Car il ne faut point confondre ce que Montesquieu distingue : *les codes* de lois et *les ordres* de lois. Code civil, ou code pénal, ou code commercial, ou code du travail, ou code forestier, code rural et codes de procédures, toutes leurs lois rentrent dans un seul ordre, celui que Montesquieu appelle l'ordre des lois civiles, par lesquelles « un citoyen défend sa vie ou son bien contre un autre citoyen ». Et avant que de proclamer Montesquieu naïf, il est peut-être prudent d'aller au fond de sa pensée, de chercher ce qu'il entend exactement par ordres de lois, ce que sont ces ordres de lois qui ne coïncident point avec les disciplines de nos Facultés, et dont la distinction est si subtile ou si importante que de l'atteindre, dans la pratique, c'est plus qu'un effort ordinaire de la raison humaine.

D'autre part, il ne faudrait pas non plus que le mot « statuer » nous réduisît par erreur à l'idée trop étroite d'un

---

1. — Cf. PORTALIS *Préliminaire du Code civil*, titre II. art. 2: « Les lois de quelque nature qu'elles soient, intéressent à la fois et le public et les particuliers; celles qui intéressent plus immédiatement la Société que les individus forment le droit public d'une nation. Dans le droit privé sont celles qui intéressent plus immédiatement les individus que la Société ».

juge qui tranche une contestation. Le dessein de Montesquieu s'élève au-dessus des prétentions d'un manuel de procédure. « Je le dis, et il me semble que je n'aie fait cet ouvrage que pour le prouver : l'esprit de modération doit être celui du législateur (1) ». Ce n'est donc point au juge, ou du moins point à lui seul que Montesquieu s'adresse. Portant plus haut ses vues, c'est au législateur qu'il parle, lui demandant de « ne point mettre de confusion dans les principes qui doivent gouverner les hommes » ; par là, le problème prend une ampleur et une portée qu'il n'avait point lorsqu'on pensait le réduire à la simple question d'une compétence judiciaire, et peut-être, ayant atteint cette hauteur et étant passés de l'ordre de la délibération dans celui de l'action, sentirons-nous mieux quelle est, d'après Montesquieu, la véritable difficulté.

J'imagine donc le souverain, qu'il doive agir, ordonner, légiférer ou juger, dominant les trente millions d'hommes qui peuplent son empire. Chacun d'eux est régi par un certain nombre de principes, que Montesquieu classe au nombre de neuf, et qui tissent sur eux, entre eux, ou autour d'eux, autant de réseaux de lois, chaque individu étant pour ainsi dire le support de ces neuf réseaux qui le rattachent

soit à sa famille (droit domestique),  
 soit aux autres citoyens de l'Etat (droit civil),  
 soit au souverain de son Etat (droit politique),  
 soit à un souverain vainqueur (droit de conquête),  
 soit à Dieu (droit divin),  
 soit aux ministres de Dieu (droit canonique),  
 soit, en tant que peuple, unité collective, à un autre peuple (droit des gens),  
 soit, en tant qu'individu, à un autre individu qui lui est en tout étranger (droit naturel).

1. — *Esprit des Lois*, Livre XXIX, Chap. 1.

Mais si l'analyse philosophique permet de distinguer clairement ces termes multiples qui se croisent, j'avoue que, dans la pratique, leur complexité me paraît telle qu'il faut au souverain une habileté plus que commune pour distinguer avec précision lequel de ces réseaux doit être atteint et touché, soit que statuant par une mesure qui doit être générale, il risque d'introduire un principe d'ordre divin dans le réseau des lois civiles, soit que statuant par une mesure particulière, il risque de juger un acte du droit des gens par les principes de l'ordre civil, ou d'appliquer à un acte du droit civil les principes du droit domestique.

Encore la difficulté n'est-elle peut-être pas tant de choisir que de songer à choisir. Un ouvrier ignorant hésitera avant que de poser le fil qui lance le courant à haute tension d'une puissante machine dans les organes délicats d'un autre système, car il sait de façon concrète le désastre qui en peut résulter, et que sa vie même ne tient qu'à sa prudence. Mais certes, c'est déjà un homme plus qu'humain celui qui ne risquant point son existence par une décision mal réfléchie, dont il est d'ailleurs difficile de calculer les conséquences, porte cependant la lucidité d'une calme raison dans la solution de multiples problèmes complexes et abstraits, discerne, choisit, pèse les conséquences, garde que son statut ne porte le trouble dans l'ensemble, et veille constamment à ce que les préjugés si puissants, les conseils intéressés, ses propres passions et les idées reçues, ne « mettent point de confusion dans les principes qui doivent gouverner les hommes ».

Il ne faut pas les confondre : cela est évident, et par là M. de Tracy a raison. Mais il faut, dans la pratique, ne les point confondre, et voilà ce que Montesquieu appelle la sublimité de la raison humaine. Donner un exemple ne signifie rien, car sitôt que la confusion est signalée, l'erreur est évidente ; mais l'art est de découvrir cette confusion, et surtout de ne point commettre l'erreur.

Imaginerions-nous, par exemple, qu'un tribunal dût jamais acquitter ceux qui avouent leur crime, et condamner ceux qui le nient ? N'est-ce pas là une des plus effroyables monstruosités qui, à vues humaines, puisse exister sur terre ? Cependant, dit Montesquieu, cela existait aux tribunaux d'inquisition. Et pourquoi cette invraisemblable aberration ? C'est que, d'ordre divin, le pécheur repentant sera sauvé, tandis que le pécheur endurci sera condamné, et que ce principe, sublime dans l'ordre divin, indûment transporté dans l'ordre humain produit la monstruosité qui nous indigne : simple confusion des principes qui gouvernent les hommes, dit Montesquieu.

N'avons-nous pas vu, de la même manière, réclamer ou contester la succession au trône, qui est d'ordre politique, en vertu d'une loi d'ordre civil ? (1). La législation civile du suicide est-elle depuis si longtemps assise ? Voltaire la discutait fort sagement (2) : « Aucune loi romaine, disait-il, n'a condamné le meurtre de soi-même. Au contraire, voici la loi de l'empereur Marc-Antonin qui ne fut jamais révoquée : Si votre père ou votre frère, n'étant prévenu d'aucun crime, se tue ou pour se soustraire aux douleurs, ou par ennui de la vie, ou par désespoir, ou par démence, que son testament soit valable, ou que ses héritiers succèdent par intestat. Malgré cette loi humaine de nos maîtres, nous traînons encore sur la claie, nous traversons d'un pieu le cadavre d'un homme qui est mort volontairement, nous rendons sa mémoire infâme

- 
1. — *Esprit des Loïs*, L. XXVI, Ch. 16 : « La loi qui règle la succession des particuliers, est une loi civile, qui a pour objet l'intérêt des particuliers ; celle qui règle la succession à la monarchie est une loi politique, qui a pour objet le bien et la conservation de l'Etat. Il suit de là que lorsque la loi politique a établi dans un Etat un ordre de succession et que cet ordre vient à finir, il est absurde de réclamer la succession en vertu de la loi civile de quelque peuple que ce soit. »
  2. — *Dictionnaire philosophique*, De Caton et du suicide.

autant qu'on le peut. Nous déshonorons sa famille autant qu'il est en nous. Nous punissons le fils d'avoir perdu son père et la veuve d'être privée de son mari. On confisque même le bien du mort, ce qui est en effet ravir le patrimoine des vivants auxquels il appartient. Cette coutume, comme plusieurs autres, est dérivée de notre droit canon, qui prive de la sépulture ceux qui meurent d'une mort volontaire. » Que réclamait donc Voltaire ? La distinction des ordres de lois, et cette séparation du droit canon et du droit civil que nos lois modernes ont réalisée.

Ne voyons-nous pas aujourd'hui encore le grand conflit où s'irrite le droit administratif : de savoir s'il faut appliquer à l'Etat industriel ou commerçant des règles de l'ordre politique ou des règles de l'ordre civil ? Le problème de la responsabilité civile des ministres est-il si facile à résoudre ? L'expropriation pour cause d'utilité publique, jadis seul fait du prince et régie par des lois de l'ordre politique, est-elle depuis si longtemps régie par des lois de l'ordre civil ? C'est un des exemples que Montesquieu a développés dans son Livre XXVI : « Ainsi, lorsque le public a besoin du fonds d'un particulier, il ne faut jamais agir par la rigueur de la loi politique ; mais c'est là que doit triompher la loi civile qui, avec des yeux de mère, regarde chaque particulier comme toute la cité même. »

N'a-t-on pas entendu à la tribune d'une assemblée législative, un orateur doctrinaire proclamer que la constitution donnée ne pouvait être ni retirée ni modifiée parce que « donner et retenir ne vaut », et soutenir son opinion en déniait tout sens juridique à ses adversaires, comme si les principes du droit civil étaient ceux du droit politique ? N'est-ce pas la condamnation de Louis XVI que l'on appelle un assassinat juridique (1) ? Ne voyons-nous pas à chaque instant des

---

1. — « C'est comme convaincu d'avoir librement et solennellement

discussions de la même sorte : exiger que l'on applique la procédure pénale, d'ordre civil, à un soldat ennemi en temps de guerre ? appeler guet-apens ou assassinat, par des termes de droit pénal, ce qui est acte de guerre ? dénier toute force obligatoire à un traité international sous prétexte que c'est un contrat entaché de dol ou de violence, cependant que dans un esprit contraire, et d'ailleurs d'un idéal plus élevé, d'autres exigent l'exécution d'un traité avec la même rigueur que la prestation d'un engagement entre particuliers, sans prendre garde que l'ordre civil n'est point encore confondu avec l'ordre du droit des gens ?

Bien moins encore, ne voyons-nous pas constamment les historiens juger les actes d'un souverain comme s'il s'agissait pour eux de placer ce prince à la droite ou à la gauche de Dieu, comme s'ils avaient ce regard qui sonde les cœurs, et comme si, après tout, il n'était pas contraire à toute sagesse de juger des actes humains par les seuls principes de l'ordre divin ? Que diraient-ils si, par une égale interversion des principes, le tribunal civil refusait des dommages-intérêts à la victime d'un délit, lui allouant les conseils d'une pieuse résignation et de la chrétienne humilité ? Comment ne songeons-nous pas qu'il est injuste de condamner perpétuellement un homme au nom de principes qu'il ne pouvait pas appliquer ? Voici un souverain qui doit statuer et ne peut statuer que d'après la loi de son royaume ; si la loi humaine se trouve en conflit avec la loi divine, il ne peut choisir et doit appliquer la loi humaine : de quel droit le condamnerions-nous, en droit, d'après la loi divine ?

Sans doute, je sais que l'histoire morale doit servir à

---

adhéré à l'assassinat juridique de son roi, de s'être, autant qu'il était en son pouvoir, rendu coupable du crime de régicide, que je considère le député de l'Isère (l'abbé Grégoire)....», disait le Comte de La Bourdonnaye en 1819.

l'éducation de nos enfants : mais sommes-nous de perpétuels mineurs, et est-il bien sûr qu'on ne fasse point fausse route en présentant trop tôt à de jeunes esprits les redoutables conflits du devoir et du devoir ? (1). Sans doute aussi, je sais bien que l'on ne peut exiger d'un historien ni la connaissance de toutes les lois, civiles, politiques, internes ou externes de tous les temps, qui ont pu se trouver en conflit, — ni la hardiesse de s'élever contre des siècles de chose jugée, — ni cette science subtile de classer les faits, de les situer dans le domaine juridique auquel ils appartiennent principalement, pour leur appliquer strictement les seuls principes dont ils relèvent. Tout cela, on ne peut l'exiger d'aucun homme, sujet à l'erreur, à l'ignorance et aux préjugés... Mais alors Montesquieu avait raison !

Puisque ni le juge, ni le savant, ni l'historien, ni le jurisconsulte, ni l'homme d'Etat ne pratiquent communément cette distinction des ordres de lois qui seule peut assurer la fermeté logique de nos actes et de nos jugements, puisque notre science et notre raison trébuchent à chaque pas confondant les règles qui doivent gouverner les hommes, alors Montesquieu avait raison de voir dans ce discernement constant et certain des principes l'exercice d'une rare faculté de raisonnement, l'attribut exceptionnel des hommes de génie, et peut-être, en effet, comme il le dit, la sublimité de la raison humaine... Et c'est une grande leçon à tirer de son livre !

---

1. — L'histoire de Mucius Scævola est un exemple simple de ces conflits. « On peut trouver son dévouement louable, disait Rayneval, mais son objet était un crime. »

## CHAPITRE IV

---

### Y eut-il évolution des différents ordres de lois ?

« Mais ce qui a surtout vieilli l'Esprit des Lois, — osons le dire, ce qui l'a tué, c'est la Révolution française ».

*Comment il faut lire Montesquieu.*

SCHERER.

La question se pose, parce que s'il n'y a pas eu évolution des différents ordres de lois signalés par Montesquieu, nous pouvons garder la division qu'il indique, pour servir de base à nos jugements historiques. Tandis que s'il y eut évolution, si l'un de ces ordres a été aboli ou remplacé par un autre, il faut nous en assurer de façon précise et rétablir les séries, sans aucun fétichisme pour la classification de Montesquieu : le nombre des ordres de lois dépend du nombre des rapports sociaux établis ; une société nouvelle en a pu créer de nouveaux, en supprimant ceux qui n'avaient plus de raison d'être.

Cette dernière hypothèse semble bien l'emporter. Quel bachelier a jamais annoté son code domestique ? Quant au droit naturel, la dernière chaire spéciale qui subsistât n'a-t-elle point été supprimée, il y a quelques années, comme inutile ? On a déjà noté que Montesquieu ne parle point de droit pénal : ne serait-ce pas un droit tout moderne, comme la législation industrielle, bientôt code de travail ? Et, par contre, le droit divin n'a-t-il point été laïcisé ? Entre le siècle de Montesquieu et le nôtre, se produisit cette tempête de la Révolution, qui bouleversa le droit, les idées et les mots, moula des lois nouvelles dans des formules d'autrefois, substitua la vo-

lonté générale à la volonté divine et fondit dans un métal unique et sonore les idées, les préjugés et les passions de tous. Que resta-t-il des principes de Montesquieu, après cette tourmente ? Que devint, dans le droit pratique de l'Etat, sa classification des castes de droits ? Et quel sens nouveau put donner à ses mots l'esprit nouveau qui soufflait sur la terre ?

Voilà autant de raisons qui nous porteraient à proclamer caduque la classification de Montesquieu, et qu'il faudrait tenir pour bonnes, si l'examen ne prouvait qu'elles ne le sont point.

D'abord, la division proposée par Montesquieu est d'un grand intérêt historique. Fondée, non sur des hypothèses philosophiques, mais sur des observations de faits, elle nous permet de croire qu'au XVIII<sup>e</sup> siècle l'esprit le plus pénétrant qui ait exploré l'histoire aux lumières du droit ne trouvait point d'autres ordres de lois dont il fallût faire état pour asseoir nos jugements. S'il en avait conçu d'autres, il les aurait exposés, car ils ne gênaient point son système, puisqu'il n'avait point de système préétabli, pas même de plan. Et c'est une précieuse certitude que de savoir quels principes nous devons ou pouvons considérer pour juger les faits de vingt siècles de la vie du monde. Volontiers disons-nous, par exemple, que la doctrine du droit naturel est tombée dans un profond discrédit, et qu'aucun jurisconsulte ne se réclame plus de cette école : en admettant que cela soit vrai de nos jours, nous savons par Montesquieu que cela n'était pas vrai il y a cent ans, que le droit naturel réglait alors les actes des hommes, que leurs actions pouvaient relever de ce droit, et l'eussions-nous aboli aujourd'hui, il serait injuste, aujourd'hui, de juger d'après les règles d'un droit civil moderne, des actes d'autrefois qui ne peuvent être appréciés sainement que d'après les principes du droit naturel ancien.

Ensuite, je ne crois pas que la Révolution ait ébranlé l'ordre établi par Montesquieu. Sans doute, il ne coïncide

pas avec celui de nos codes, mais cela est naturel, parce que les codes ne sont que des recueils pratiques de lois classées suivant leur objet : personnes, biens, peines ou procédures, tandis que l'Esprit des Lois est un ouvrage philosophique, tout de principes, où les lois sont non point classées mais analysées, étudiées non comme des textes mais comme des rapports, et que les rapports qui unissent l'homme à l'homme, à tous les hommes ou à toutes les puissances qui dominent l'humanité, sont idées presque intangibles, rapports constants et universels, que la trépidation d'une révolution nationale, eût-elle agité le monde, ne change point, parce qu'ils dominent le monde (1).

Lors même qu'un décret eut substitué la déesse Raison à Dieu, l'ordre des lois divines ne fut point ébranlé. Et lorsque le décret eût anéanti Dieu officiellement, il n'aurait point supprimé, même pour les Français, ce rapport qui est celui de la religion. Car, dit Montesquieu, les lois divines ne tirent point

1. — Quand Portalis, dans son *Livre préliminaire du Code civil*, Titre II, art. 1, distinguait quatre espèces de lois, il n'essayait point de faire une classification philosophique des ordres, mais une division pratique des espèces. Il nomme : 1<sup>o</sup> les lois constitutionnelles et politiques, 2<sup>o</sup> les lois civiles, 3<sup>o</sup> les lois concernant les mœurs et la paix publique, 4<sup>o</sup> les lois diverses (fiscales, commerciales, rurales, militaires, etc.), et ne parle nullement du droit des gens, du droit canonique ni du droit divin. Mais ce n'est point qu'il prétendit nier leur existence ; il distinguait de ce qui était *droit*, ce qui pouvait être *loi*, au sens de son art. 6 : « déclaration solennelle du pouvoir législatif sur un objet de régime intérieur et d'intérêt commun ». Ainsi il admet que le droit naturel est une partie du droit interne, mais il n'en fait pas un ordre de lois, parce qu'il donne au mot *loi* un sens technique différent du sens philosophique que lui donnait Montesquieu. Ses espèces de lois sont seules entrées dans les codes, mais il n'abolit pas les ordres de lois proposés par Montesquieu, et il n'y songeait nullement.

leur autorité de l'appui séculier : « elles n'ont force de loi que parce qu'on croit la religion », et si le code peut l'ignorer ou en interdire les manifestations extérieures, l'ordre des lois civiles, comme l'ordre des lois politiques, reste impuissant contre l'ordre des lois divines.

Quant au droit canonique, « celui de la police de la religion », la Révolution ne prétendit point l'ignorer, et il me semble impossible de comprendre sans la distinction du droit politique et du droit canonique, le conflit du pape et de l'Empereur, cette moderne querelle des Investitures où l'histoire ne voit encore que martyre ou tyrannie, là où il n'y avait peut-être au fond que confusion ou distinction des différents ordres de lois... Mais ce sont là matières bien délicates à discuter, et que l'on ne peut encore toucher que d'une main légère.

Pour le droit de conquête, si étrangement affirmé par ce sceptique Montesquieu (1), je voudrais bien croire que la Révolution le fit disparaître, sur le vœu de Grégoire. Mais je ne saurais pourtant nier son existence : quel royaume n'a point conquis son empire colonial ? et qui, l'ayant, n'en fit point quelque troc, où l'idée d'une simple mission civilisatrice se trouve soudainement obscurcie ou incapable de justifier l'échange ?

Voilà autant de droits que j'eusse dû croire éteints, laïcisés ou abolis, que je ne peux cependant ignorer dans mes jugements d'histoire, et qui témoignent que l'analyse de Montesquieu fut assez philosophique pour qu'elle n'ait rien à craindre des modifications temporaires de nos codes. Droit divin, droit canonique et droit de conquête étant toutefois en dehors de nos communes préoccupations juridiques, le droit des gens ainsi que le droit politique général étant en marge de cette étude, que reste-t-il dans nos disciplines scolaires de

1. — Voir cependant *Lettres Persanes*, XCVI : « La conquête ne donne point un droit par elle-même ».

ces quatre ordres de lois : droit domestique, droit civil, droit politique particulier et droit naturel ? Et avant tout, qu'est-ce que le droit politique ?



« Rousseau, écrit M. Faguet, semble avoir été comme à demi partisan du juge remplaçant la loi. Je dis à demi partisan, car il veut des lois, et précises ; il veut des codes ; il en veut trois, *l'un politique*, l'autre civil, et l'autre criminel, qui devront être enseignés, non seulement dans les Universités, mais dans tous les collèges, et dont la connaissance exacte sera exigée de tout homme entrant dans les conseils délibérants de la nation » (1). On ne voit guère nos honorables sollicitant le certificat de capacité, encore que l'expérience dût tourner à leur plus grande gloire, ni l'Université triturant les majorités parlementaires directement issues du suffrage universel. Ce qui est curieux dans les idées de Rousseau, c'est cette conception d'un code politique, qui n'a jamais vu le jour, que je sache ; mais, toutefois, je pense qu'il devait entendre par code politique, un ensemble de règles comprenant à peu près ce que nous étudions aujourd'hui sous le nom de droit constitutionnel et droit administratif, et il me semble que Montesquieu donnait un sens quelque peu différent à son expression de *droit politique*.

« La loi, en général, dit-il, est la raison humaine en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre ; et les lois *politiques* et civiles de chaque nation ne doivent être que des cas particuliers où s'applique cette raison humaine... Il faut

---

1.—FAGUET, *Politique comparée de Montesquieu, Rousseau et Voltaire*, p. 126.

qu'elles se rapportent à la nature et au principe de gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir, *soit qu'elles le forment, comme les lois politiques*, soit qu'elles le maintiennent comme font les lois civiles» (1).

Les lois du droit politique particulier seraient donc celles « qui forment la nature du gouvernement de chaque société », et remontant à l'étude de ce qui est la nature du gouvernement, je trouve enfin cette définition du droit politique que je cherchais : « Considérés comme habitans d'une si grande planète, qu'il est nécessaire qu'il y eut différents peuples, les hommes, dit Montesquieu, ont des lois dans le rapport que ces peuples ont entre eux ; et c'est le *Droit des Gens*. Considérés comme vivant dans une société qui doit être maintenue, ils ont des lois dans le rapport de ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés : et c'est le *Droit politique*. Ils en ont encore dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux : et c'est le *Droit civil* (2) ».

De ce droit politique maintenant défini comme celui qui établit les rapports de gouvernants à gouvernés (3), le Livre XXVI nous offre quelques exemples :

CHAP. 6 : L'ordre de succession au trône est réglé par le droit politique ; les différentes dispositions sur les bâtards du roi suivent les lois politiques de chaque pays.

CHAP. 15 : Les hommes ont renoncé à leur indépendance naturelle pour vivre sous des lois politiques... Les lois civiles acquièrent aux hommes la propriété, les lois politiques, la

---

1. — *Esprit des Lois*, Livre I, ch. 3.

2. — *Esprit des Lois*, Livre I, ch. 3.

3. — Cf. la définition de Portalis. *Préliminaires du Code*. Titre II art. 1<sup>er</sup> : « Il est diverses espèces de lois. Les unes règlent les rapports de ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés, et les rapports de chaque membre de la cité avec tous ; ce sont les lois constitutionnelles et politiques. »

liberté... L'expropriation pour cause d'utilité publique touche à la propriété, et doit donc être réglée par une loi d'ordre civil et non d'ordre politique.

CHAP. 16: Le domaine d'un Etat est-il aliénable ou non ? Cette question doit être décidée par la loi politique et non par la loi civile... La loi qui règle la succession des particuliers est une loi civile qui a pour objet l'intérêt des particuliers ; celle qui règle la succession à la monarchie est une loi politique qui a pour objet le bien et la conservation de l'Etat ; il suit de là que lorsque la politique a établi dans un Etat un ordre de succession, et que cet ordre vient à finir, il est absurde de réclamer la succession, en vertu de la loi civile de quelque peuple que ce soit.

CHAP. 17: L'ostracisme doit être examiné par les règles de la loi politique, et non par les règles de la loi civile.

Ce ne sont là que des exemples, et il en est de bien troublants (1) ; mais on en peut déjà conclure que lorsque nous trouverons dans l'histoire un acte qui règle les rapports entre gouvernants et gouvernés, ou la constitution de l'Etat, ou qui soit une disposition uniquement inspirée par le bien ou le salut de l'Etat, nous serons en présence d'un acte de l'ordre politique, d'après Montesquieu.

S'il s'agit de la succession au trône dans un gouvernement monarchique, cette loi ressemblera peut-être aux lois d'ordre civil ; mais Montesquieu prend bien soin de nous dire qu'il ne faudra point la juger d'après les principes du droit civil, parce qu'elle est d'ordre politique.

Il va sans dire que si cette loi confère à ceux qui règnent ou sont appelés à régner sur l'Etat un statut spécial, leur permettant de se marier, d'adopter, de légitimer, suivant des formes qui leur sont particulières, qui, volontairement, ne sont point celles des autres citoyens, nous serons bien évidemment

1. — Cf. *Esprit des Loix*, Livre XXVI, chap. 18.

hors du droit civil ou domestique, dans le droit politique.

C'est ainsi que nous voyons, par exemple, des rois se marier à cinq ans et leur mariage valide, alors que celui d'un citoyen ne le serait pas. Il y a là des questions d'un caractère juridique tout-à-fait spécial. Notre droit politique, moderne et républicain, ne permettrait point au chef de l'Etat d'adopter suivant d'autres formalités que celles du code civil, ni de divorcer sans subir les formes et conditions que la loi impose à tout citoyen dont le statut est le pur et simple statut civil. Mais autre temps, autres mœurs. Jadis, les rois répudiaient et adoptaient suivant d'autres règles que le commun. Aujourd'hui même, je ne sais comment et suivant quel ordre de lois tel roi pourrait divorcer, s'il serait soumis aux procédures civiles, et s'il ne devrait point recourir à un acte politique de la Chambre Haute, Chambre des Lords, ou Parlement.

Tout cela n'est qu'une question de statut personnel du souverain, qui est établi, et qui peut être modifié par le droit politique particulier, variable suivant les temps, les pays et les circonstances: « Quand la loi politique qui a établi dans l'Etat un certain ordre de succession devient destructive du corps politique pour lequel elle a été faite, dit Montesquieu, il ne faut pas douter qu'une autre loi politique ne puisse changer cet ordre; et bien loin que cette loi soit opposée à la première, elle y sera dans le fond entièrement conforme, puisqu'elles dépendront toutes deux de ce même principe: *Le salut du peuple est la suprême loi* » (1).

---

1. — *Esprit des Lois*, XXVI, 18. — Dans l'ordre politique particulier, qui est interne, j'admets bien que le principe, « salut du peuple, suprême loi » soit un principe fondamental. Je me demande si nous n'avons point une tendance à porter indûment ce principe dans l'ordre du droit des gens, qui est externe, et si là ne serait point l'explication de certains actes, relevant du droit international, qui nous blessent. Par exemple, un Etat prend à l'égard d'un autre Etat des me-

Je doute, à vrai dire, que cette suprême loi pût expliquer tous les exemples que propose la fantaisie de Montesquieu; je note seulement que cette formule paraît être pour Montesquieu le principe de tout l'ordre des lois politiques, que ces lois peuvent se trouver en conflit avec les lois d'ordre domestique qui règlent les rapports de famille, qu'elles l'emportent, et qu'il faut soigneusement éviter de juger par les lois d'ordre domestique ou civil, ce qui appartient principalement à l'ordre politique.

Il me paraît maintenant inutile de rassurer longuement le bachelier en droit qui ne trouverait point de lois pénales dans les ordres de lois de Montesquieu, et qui n'aurait point étudié le code domestique, par mégarde.

« Le droit civil de chaque société, par lequel un citoyen peut défendre ses biens et sa vie contre tout citoyen », suivant la définition de Montesquieu, comprend la plupart de nos codes ou législations spéciales, avec leurs procédures civiles ou criminelles.

Quant au droit domestique, « qui vient de ce qu'une société est divisée en diverses familles qui ont besoin d'un gou-

---

sures violentes qui assurent la puissance de son commerce, en anéantissant le commerce des autres peuples. Faute de ces mesures qu'il déclare et reconnaît injustes, sa prépondérance commerciale serait détruite : il les prend cependant parce que, dit-il, le salut de son peuple dépend de cette prépondérance. Il me semble qu'il y a là une très grande confusion des ordres de lois et des principes qui doivent gouverner les hommes, parce que ce peuple agit à l'égard des autres comme s'il était leur prince, en appliquant à leur égard des principes d'ordre politique qui peuvent convenir entre gouvernants et gouvernés, au lieu d'appliquer des principes analogues à ceux de l'ordre civil qui régleraient les rapports entre peuples « considérés comme citoyens de l'univers ». Le salut du peuple, suprême loi dans l'ordre interne, peut-il être suprême loi dans l'ordre externe ?

vernement particulier», il est proprement inclus dans notre code civil qui règle l'état des personnes: mariages des particuliers, leur divorce, la filiation, l'adoption, etc.

Qu'il y ait encore de nos jours un droit domestique, c'est-à-dire réglant les rapports de famille, parfaitement distinct du droit civil réglant les rapports entre citoyens non de même famille, cela est trop évident pour qu'il soit utile d'y insister. L'état de fils ou d'époux impose des obligations qui ne sont point celles des citoyens entre eux. La transmission des biens dans la famille est soumise aux règles spéciales de la succession. Les biens sont régis par des lois différentes, suivant qu'ils figurent dans un contrat de mariage ou non. La donation entre époux diffère de la donation ordinaire entre vifs. L'adultère et l'inceste ne sont point soumis au même régime. Le citoyen qui vole son père est moins puni, et le parricide plus puni que s'il avait volé ou tué un autre citoyen, etc. Les exemples surabondent, et si nous n'avons point aujourd'hui ce code domestique que le *Moniteur* annonçait en 1794, il est néanmoins hors de doute que nous avons encore un ordre de lois domestiques, distinct de l'ordre des lois civiles, et qu'il ne faut point appliquer aux actes d'un ordre les principes qui gouvernent les hommes dans leurs rapports d'un autre ordre.

Je pense que la distinction des différents ordres de lois est devenue évidente; et je l'aurais achevée, s'il ne restait à tirer de l'ombre ce droit mystérieux que Montesquieu place au début de son énumération, et qui est le droit naturel.

## CHAPITRE V

---

### **Le double aspect du droit naturel : loi naturelle, raison naturelle.**

La loi naturelle ou morale est la même  
que la loi divine.

BURLAMAQUI

Dieu est si haut que nous n'apercevons  
pas même ses nuages... L'âme est l'ou-  
vrière de sa détermination.

MONTESQUIEU

Toutes les règles du droit naturel sont  
mieux gravées dans le cœur des hommes  
que dans tout le fatras de Justinien : ren-  
dez-les seulement honnêtes et vertueux, et  
je vous réponds qu'ils sauront assez de  
droit... Les questions qui ne sont pas dé-  
cédées dans les codes doivent l'être par le  
bon sens et l'intégrité des juges.

J. J. ROUSSEAU (1).

« Autant la notion du droit positif est claire et sûre, dit  
M. Planiol, autant celle du droit naturel est nuageuse. Bien  
souvent ceux qui discutent sur le droit naturel en parlent  
sans se comprendre. » (2) Sans se comprendre eux-mêmes,  
ou sans se comprendre les uns les autres, métaphysique ou  
simple philosophie, cela est toujours aussi vrai. Et voici  
qu'au lieu de donner à ce droit naturel la place effacée d'un  
droit obscur qui m'eût permis de le négliger par une litote  
hardie, Montesquieu le pose à l'entrée de ses ordres de lois,  
avant même les lois divines, comme le sphinx qui garderait

---

1. — Cité par M. FAGUET : *La Politique comparée de Montesquieu, Rousseau et Voltaire*, p. 126.

2. — *Traité élémentaire de Droit Civil*, Tome I, § 5.

l'entrée du temple et à qui le monde, depuis deux mille ans, est venu demander le secret de ses lois.

Ce qui augmente mon embarras, c'est que, généralement, on fait de ce droit naturel un ensemble de principes<sup>7</sup> vagues, indécis, qui doivent être traduits en lois positives, nébuleuse à condenser en étoiles, tandis qu'ici Montesquieu, loin d'y voir le principe générateur amorphe des lois humaines, en fait quelque chose de précis, un ordre de lois nullement nuageux, puisqu'il doit gouverner les hommes au même titre que le droit civil, ou le droit politique, ou les lois positives du droit domestique. Evidente contradiction de mettre sur le même plan le principe et ses conséquences, et que n'eût point commise un esprit aussi puissant que celui de l'auteur de l'Esprit des Lois : est-ce là l'énigme ?

Que si dans cet embarras on cherche quelque exemple, la confusion redouble. Car si d'une part et par maints auteurs je m'assure que le droit naturel est la base pure de la plupart de nos lois, que c'est une voix que Dieu a mise dans nos cœurs, celle qu'écoutent les hommes de bien qui marchent dans la vie sans souci des lois positives, si d'une part je vois donc que de droit naturel, divin ou humain, tout ce qu'il me dicte, musique lointaine des anges, est juste, bon, presque pieux, d'autre part, je me heurte à cette sanglante affirmation venue de Sainte-Hélène : « La loi naturelle ne m'autorisait-elle pas à faire assassiner le comte d'Artois à Londres ? » Est-ce là ce que me dirait ma conscience ? Un droit naturel qui permet l'assassinat : c'est le crime d'Eliacin, ou le doux Ombrien meurtrier ! Est-ce principe, ou bien n'est-ce qu'une dissonance accidentelle dans le concert des séraphins ? Napoléon fut-il donc un monstre d'avoir si étrangement méconnu le sens des mots ? Est-ce perversion subite, coup de folie ? ou bien vraiment un droit et une loi ? Ce ne saurait être « la source la plus pure de la plupart de nos lois » : ce droit naturel monstrueux est-il donc un sphinx à double face ?

Vainement j'interroge les auteurs les plus diserts ou les plus concis. C'est le doux Joseph Burlamaqui, commenté par le terrible procureur-général Marie-Geneviève Dupin, qui m'a donné cette définition : « Nous avons dessein dans cet ouvrage, dit-il, de rechercher quelles sont les règles que la seule raison prescrit aux hommes, pour les conduire sûrement au but qu'ils doivent se proposer, et qu'ils se proposent tous en effet, je veux dire, un véritable et solide bonheur; et c'est *le système ou l'assemblage de ces règles, considérées comme autant de lois que Dieu impose aux hommes, que l'on appelle Droit de nature*. Cette science renferme les principes les plus importants de la *morale*, de la *jurisprudence* et de la *politique* » (1).

Boucher d'Argis l'adopte pour l'Encyclopédie : « car, dit-il, les principes de droit naturel que l'on a rapportés sont la source la plus pure et la base de la plus grande partie du droit public et privé » (2).

Si je passe aux modernes, je vois que M. Planiol, après avoir détruit une fausse conception du droit naturel (3), « ensemble de règles qu'il est souhaitable de voir transformer en lois positives », esquisse une doctrine régénérée où le droit naturel se compose « de principes supérieurs à la loi qu'il est inutile de transformer en articles de droit positif ». Mais ces principes que j'attendais avec foi, j'apprends « qu'ils sont en très petit nombre et se réduisent à quelques notions élémentaires. Quand on a dit que le législateur doit assurer la vie et la liberté des hommes, protéger leur travail et leurs biens, réprimer les écarts dangereux pour l'ordre social et moral, reconnaître aux époux et aux parents des devoirs réciproques,

1. — BURLAMAQUI, *Principes du Droit de la nature et des gens*. Notes de M. de Félice et de M. Dupin. Edition de 1820, p. 1.

2. — *Encyclopédie*, 3<sup>me</sup> édition, article *Droit naturel*.

3. — *Cours de Droit Civil*, I, § 5 et suivants.

on est encore loin d'avoir fondé une législation, et on est bien près d'avoir épuisé les préceptes de la loi naturelle!»

N'était cette dernière phrase qui nous laisse quelque espérance, cela serait purement une déception. Je comprends bien que le législateur peut assurer l'application de ces principes, sans que cependant il soit tenu de les transformer en articles de droit positif. Mais quoi ! ce n'est que cela les principes du droit naturel ? A mesure que je m'approche du monstre, il s'apaise et se fait bénin, bénin ; le nuage se résout en rosée ; et certes ce n'est point ce droit naturel émollient qui me permettra d'assassiner un homme quelconque à Londres ! Par quel mystère, chaque fois que j'essaie de saisir un corps ne puis-je apercevoir qu'une ombre, moins qu'un fantôme, une apparition légère qui se dissipe comme un brouillard du matin.

Alors si j'interroge les académies, puisque les juristes ne m'ont expliqué qu'une morale à traduire ou à ne pas traduire en lois positives, qui est bien du droit naturel mais qui ne saurait être tout le droit naturel, alors le Journal officiel de la République Française me livrera-t-il le secret redoutable ? (1) Pas encore. Car si M. Funck Brentano a osé dire que « le droit primordial des hommes, ce sont les griffes des tigres et des lions », M. Franck a vengé l'humanité de ce blasphème en proclamant que le principe véritable est tout autre : « Ne fais pas aux autres ce que tu ne voudrais pas qu'ils te fissent ».

Ce sont là des vérités toujours excellentes à entendre. Qu'on les appelle droit naturel ou non, je les reconnais bien pour telles, les ayant déjà rencontrées sous ce titre au XVIII<sup>e</sup> siècle, lorsque Hobbes écrivait son *Léviathan*. Déjà l'on discutait avec passion et anathèmes académiques ce même

1. — Voir la discussion de l'Académie des sciences morales et politiques. *Journal Officiel de la République Française*, 25 Octobre 1876, p. 7679.

problème de savoir si dans l'état de nature l'homme est bon, comme l'affirmait Rousseau, ou bien s'il est mauvais, comme l'affirmait Hobbes. Cela me fait entrevoir qu'il pourrait bien exister deux droits naturels, ou bien deux conceptions très différentes du droit naturel qui m'expliqueraient sa double face. Mais à quoi bon chercher dans ces discussions lointaines une vérité fuyante qu'elles n'ont point établie ? Diderot l'avouait il y a cent ans : « L'usage de ce mot de droit naturel est si familier qu'il n'y a personne qui ne soit convaincu au dedans de soi-même que la chose lui est évidemment connue... Mais bientôt... le philosophe commence à sentir que de toutes les notions de la morale celle de droit naturel est une des plus importantes et des plus difficiles à définir. Aussi croirions-nous avoir fait beaucoup dans cet article, si nous réussissions à établir clairement quelques principes à l'aide desquels on pût résoudre les difficultés les plus considérables qu'on a coutume de proposer contre la notion de droit naturel » (1).

Diderot n'a point réussi, puisque M. Planiol déclare, cent cinquante ans plus tard, qu'aucune idée n'est plus nuageuse. Revenons donc à Montesquieu, et cherchons dans ses principes s'il existe, du droit naturel, plus qu'une buée de morale et que l'ombre fuyante d'une loi.

S'il fallait s'en tenir aux exemples que rapporte le Livre XXVI de *l'Esprit des Lois*, nous garderions de cette étude une idée bien incomplète du droit naturel (2).

---

1. — *Encyclopédie*, 3<sup>me</sup> édition, XI, p. 383, article *Droit naturel*.

2. — La plupart de ces exemples de Montesquieu se retrouvent textuellement dans l'édition de Burlamaqui de 1820, II, p. 83-84, sans indication d'origine. — Actuellement on dit volontiers que le droit naturel n'existe pas dans l'état de nature qui lui-même n'existe pas. La question n'est pas là. Il est certain

Une loi qui permettait à une fille de sept ans de se choisir un mari était contraire à la nature, dit Montesquieu, et cela se comprend. Si un père ayant consenti au mariage de sa fille pouvait ensuite obliger sa fille à répudier son mari, cela serait contraire au droit de nature, dit-il encore, car « si le divorce est conforme à la nature,... il est contre la nature que le divorce soit mis entre les mains d'un tiers » (1). De même, je vois que l'obligation de dénoncer un voleur, imposée par la loi burgonde à sa femme ou à son fils, « était contraire à la nature » (2), que l'obligation pour les enfants de nourrir leurs pères tombés dans l'indigence était une obligation naturelle à Athènes, et que « nourrir ses enfants est une obligation de droit naturel », tout-à-fait distincte « de l'obligation civile ou politique de leur donner sa succession » (3). Il y a bien là des obligations naturelles qui sont passées dans nos lois positives, de sorte que si je m'en tenais à ces exemples et à quelques autres dispersés dans le même livre, comme l'interdiction naturelle du mariage entre le fils et la mère, le père et la fille, ou le frère et la sœur, j'en resterais à cette idée tant répétée par les auteurs, que le droit naturel est cela et rien que cela, un petit nombre de principes de morale élémentaire, innés au cœur de l'homme et qu'il applique dans son état normal, que la loi les ait formellement édictés ou non, parce qu'ils sont bien, en effet, la base de nos lois civiles.

---

que Montesquieu, Portalis, les auteurs du XVIII<sup>e</sup> siècle, donnaient le nom de *Droit naturel*, à un certain nombre de règles du droit interne et du droit externe : il s'agit simplement de savoir quelles étaient ces règles, qu'ils appelaient droit naturel à tort ou à raison, et qui ne trouvaient place dans aucun autre ordre de lois.

1.— *Esprit des Lois*, XXVI, ch. 3.

2.— *Esprit des Lois*, XXVI, ch. 4.

3.— *Esprit des Lois*, XXVI, ch. 5 et 6.

Cependant, un mot me frappe par sa fréquente répétition, qui est le terme de *défense naturelle*.

L'obligation pour une fille de déclarer au magistrat sa grossesse dans le cas que l'enfant ait péri, est contraire à la défense naturelle, dit Montesquieu : mais cela n'est point clair. La loi qui condamne toute fille à déclarer qu'elle eut « mauvais commerce » avec quelqu'un avant que de l'épouser, « viole la défense de la pudeur naturelle », dit encore Montesquieu : mais cette idée si éloignée de nos préoccupations juridiques actuelles et habituelles ne m'explique rien.

Toutefois, je comprends mieux lorsque je lis que la loi qui permettait de condamner un homme, sans que les témoins lui eussent été confrontés, était contraire à la défense naturelle ; et je crois que je saisis pleinement une idée nouvelle lorsque Montesquieu juge contraire à la défense naturelle, qu'un esclave ayant tué un homme libre en se défendant dût être condamné comme parricide : « Car, dit-il, il est aussi déraisonnable d'exiger d'une fille qu'elle fasse ces déclarations que de demander à un homme qu'il ne cherche pas à défendre sa vie » (1).

Ainsi, à côté de ces prescriptions naturelles, bases de nos lois civiles, telles que l'obligation de nourrir son père indigent ou ses propres enfants, il y a d'autres lois naturelles qui concernent la défense personnelle de l'individu, qui peut-être ne sont point toutes entrées dans notre droit positif, qui sont peut-être même en conflit avec la loi positive « chargée de réprimer les écarts dangereux pour l'ordre social et moral », mais auxquelles la loi civile ne peut pas s'opposer, fussent-elles contraires à la morale évangélique. Ce droit naturel ne dirait donc point : « Tends la joue gauche à celui qui frappe ta joue droite », mais « Frappe celui qui te frappe, pour défendre ta

---

1. — *Esprit des Lois*, XXVI, ch. 3.

vie » ; et sa formule ne serait point : « Fais aux autres ce que tu voudrais qu'ils te fissent », ce qui est un devoir, mais « Fais aux autres ce qu'ils te font », ce qui est un droit. « S'il y avait, dit Montesquieu, des êtres intelligents qui eussent reçu quelque bienfait d'un autre, ils devraient en avoir de la reconnaissance; mais un être intelligent qui a fait du mal à un être intelligent mérite de recevoir le même mal, et ainsi du reste » (1).

Attiré sur cette route, je retrouve bien vite la formule que je cherchais, donnée par Montesquieu en termes précis, formels et décisifs : « Dans le cas de la défense naturelle, dit-il, j'ai droit de tuer, parce que ma vie est à moi, comme la vie de celui qui m'attaque est à lui » (2). Et dès lors je reconnais et je retrouve peu à peu, dispersée dans les anciens auteurs, toute une doctrine naturelle de la réciprocité que Burlamaqui lui-même, maître incontesté du droit naturel, expose ainsi : « S'il arrive donc que notre vie ou notre personne se trouve en danger par la malice d'un ennemi, nous assurons que nous avons le droit de nous défendre, jusqu'à lui faire du mal, et le tuer même, s'il est nécessaire... La raison et la loi naturelle approuvent que nous fassions un usage convenable de nos forces pour repousser un injuste agresseur. C'est là un *droit naturel* à l'homme. Les devoirs de la sociabilité n'ont rien d'opposé à la juste défense de soi-même. L'obligation qu'ils imposent est entièrement *réiproque* : quiconque veut qu'on les observe à son égard, doit commencer par les observer lui-même envers les autres (3).

« Il y a plus encore, et non seulement nous sommes en droit de nous défendre, mais il est de notre devoir de le faire. Et, en effet, il est bien évident que l'obligation que la loi naturelle nous impose de travailler à notre conservation, ne

1.— *Esprit des Lois*, Livre I, Chap. 1.

2.— *Esprit des Lois*, Livre II, Chap. 2.

3.— BURLAMAQUI, *op. cit.*, Tome II, p. 316-317.

« nous permet pas de céder lâchement à un injuste agresseur, »  
« et de lui céder ainsi la victoire. L'obligation est ici d'autant  
« plus forte, que les plus grands dangers auxquels notre vie  
« est exposée, sont ceux qui nous viennent de la part des au-  
« tres hommes » (1).

Voilà donc ce que disait le plus pur et le plus doux théoricien du droit naturel au XVIII<sup>e</sup> siècle. Et il me semble que d'avoir oublié de nos jours cette seconde forme du droit naturel, de n'en avoir retenu que l'obligation : « Fais aux autres ce que tu voudrais qu'ils te fissent », en oubliant le droit corrélatif de la réciprocité, cela est un bien beau progrès de la moralité et de la conscience humaine, mais cela explique aussi bien des querelles de mots dans les académies mêmes sur le droit naturel, bien des jugements obscurs ou erronés de l'histoire sur les actes qui en relèvent.

Ainsi, la doctrine classique considérait le droit naturel sous deux aspects, et j'ai retrouvé ses deux visages. Et puis-qu'il n'y avait peut-être au fond du mystère qu'une confusion de mots, parce que le mot droit naturel a pris deux sens, je voudrais préciser pour l'avenir les termes de ma discussion. D'une part, à ces principes excellents entrés dans nos lois positives, sinon en tant que principes du moins par leurs conséquences, je voudrais donner le nom de *raison naturelle* : l'exemple de Rayneval et le projet du Code civil m'y autorisent (2). Par contre, je conserverais le nom de *loi naturelle* à cette loi qui paraît être d'un autre sens, qui vise la défense de l'individu tandis que les principes de la raison naturelle

1.— BURLAMAQUI, *op. cit.* p. 318.

2.— *Livre préliminaire du Code civil*, Titre I, article 1 : « Il existe un droit universel, immuable, source de toutes les lois positives ; il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes. »

tendent plutôt à la défense de la société, *loi naturelle* et *raison naturelle* rentrant également d'ailleurs dans le *droit naturel*.

Mais maintenant que par le seul effet d'un nom je les distingue nettement, je vois aussi nettement qu'ils s'opposent : comment les concilier ?

## CHAPITRE VI

---

### Le droit naturel dans l'ordre interne.

Le droit intérieur ou particulier de chaque peuple se compose  
en partie du droit universel,  
en partie des lois qui lui sont propres,  
et en partie de ses coutumes ou usages  
qui sont le supplément des lois.

*Livre préliminaire du Code Civil, I, art. 4.*

Les notions de raison naturelle ont pénétré peu à peu dans notre droit positif, elles inspirent ou dominent ces lois qui régissent notre état de société : mais alors quelle place, dans l'état de société, reste-t-il à l'exercice de la loi naturelle de réciprocité ? Cette loi naturelle non écrite nous régit-elle encore, dans quels cas, dans quelles limites ? S'applique-t-elle dans les mêmes cas, suivant les mêmes règles, dans le droit interne et dans le droit externe ? Voilà autant de questions qu'il faut résoudre, si nous voulons avoir une idée assez précise et assez complète du droit naturel.

Par exemple, en ce qui concerne le droit interne, je vois bien que nos lois positives ont assuré la juste sanction d'une atteinte à ma vie par une juste pénalité : prison, travaux forcés, mort, etc. Mais si la loi naturelle subsiste à côté des lois pénales, je ne vois pas qui me permettra de substituer mon action personnelle à celle du juge, ma vengeance privée fût-elle légitime à la vindicte légale, ma loi naturelle à la loi positive, et ma réciprocité à sa justice. A quel moment, dans quelles circonstances puis-je appliquer la loi naturelle de réciprocité ? Si je peux répondre à cette question, l'opposition

de la loi naturelle et de la loi positive sera bien près d'être résolue, et je comprendrai enfin pourquoi Montesquieu donne au droit naturel une place égale à celle du droit positif, ou du droit civil, ou du droit des gens, dans les différents ordres de lois qui doivent gouverner les hommes.

Sitôt qu'on interroge Montesquieu avec précision, il répond avec netteté.

« Les hommes, dit-il, ont le droit de tuer dans le cas de  
« défense naturelle... Dans le cas de défense naturelle, j'ai le  
« droit de tuer, parce que ma vie est à moi comme la vie de  
« celui qui m'attaque est à lui. Entre les citoyens, le droit  
« de défense naturelle n'emporte point avec lui celui de l'at-  
« taque. Au lieu d'attaquer, ils n'ont qu'à recourir aux tribu-  
« naux... *Ils ne peuvent donc exercer le droit de cette défense*  
« *que dans les cas momentanés où l'on serait perdu si l'on*  
« *attendait le secours des lois* » (1).

Je ne saurais demander plus de clarté ni plus de préci-

---

1.— *Esprit des Lois*, X, 2.— C'est ce que disait Burlamaqui, *op.cit.* II, p. 319 : « En général, le droit de se défendre soi-même à main armée a plus d'étendue dans l'état de nature que dans l'état civil. La raison en est que dans le premier état, personne n'est proprement chargé du soin de notre conservation que nous-mêmes. C'est donc à nous à employer, pour cet effet, toutes nos forces et de la manière la plus efficace. »

Toutefois, en invoquant une obligation de conservation, cette doctrine dépasse le cas de la stricte légitime défense, car on peut se trouver obligé de conserver sa vie en dehors du cas strict de l'attaque par un ennemi. Cf. p. 377 : « Le soin de défendre notre vie est d'obligation, et non pas de simple permission. »

Diderot plus hardi élargissait encore les cas d'application de la loi naturelle en admettant « même l'indignation et le ressentiment, ces deux passions que la nature semble avoir placées jusque dans les animaux pour suppléer au défaut des lois sociales et de la vengeance publique ». (*Encyclopédie, Droit naturel*, VIII).

sion. En quelques lignes, mon droit de citoyen est affirmé, défini, limité, conditionné. D'un mot, il ne peut s'exercer que si la loi positive sommeille et ne défend plus l'individu, et la loi naturelle n'est que loi supplétive de la loi positive interne. Son domaine est étroit : elle ne me permettrait point de voler mon voleur, hors la reprise immédiate de mon bien ; elle ne me permet véritablement d'agir par réciprocité que dans le seul cas grave, extrême et urgent de la défense de ma vie. Son action est aussi limitée dans le temps : elle ne s'applique que dans ce seul *moment* où l'individu serait perdu s'il attendait le secours des lois. (1)

Ce sont là des conditions que nous connaissons bien en

- 
- 1.— Cette idée n'est point spéciale à Montesquieu et se trouve dans les ouvrages de Burlamaqui en termes plus étendus, mais également affirmatifs.

« Après ces réflexions générales, dit-il, il faut remarquer que la juste défense de soi-même exige trois conditions essentielles : 1<sup>o</sup> que l'agresseur soit un agresseur injuste, (c'est-à-dire qu'il en veuille à notre vie sans qu'il y ait de notre faute) ; — 2<sup>o</sup> qu'on ne puisse point éviter le péril d'une manière sûre ni autrement qu'en faisant du mal ou même en tuant son adversaire (car quelqu'injuste que soit l'entreprise d'un agresseur, la sociabilité nous oblige à l'épargner, si on peut le faire sans en recevoir du préjudice : par ce juste tempérament, on sauve en même temps les droits de l'amour de soi-même et les devoirs de la sociabilité) ; — 3<sup>o</sup> enfin, il faut que la défense soit proportionnée à l'attaque, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas poussée au-delà de ce qu'exige proprement la défense de nous-mêmes (parce qu'alors ce ne serait plus se défendre, mais se venger). »

Le texte est de Burlamaqui, les notes entre parenthèses sont de M. de Félice; Montesquieu est aussi clair et plus concis. Il est intéressant de noter que Burlamaqui appelle défense de soi-même ce que Montesquieu appelle défense naturelle, et qu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, on emploie indifféremment les mots défense naturelle, défense personnelle, juste défense et défense de soi-même, le tout n'étant qu'une seule et même chose, l'application de la loi naturelle.

droit pénal, et nous voyons que la loi naturelle a inspiré les règles du cas de légitime défense. Mais il subsiste une différence. C'est que le droit pénal positif se contente de ne point punir celui qui tue dans le cas de légitime défense, tandis que la loi naturelle l'autorise à tuer. Bien plus, la loi positive reconnaît difficilement un droit, tandis que la loi naturelle impose un devoir de juste défense. On comprend que le droit positif ne pouvait aller plus loin, puisqu'il doit conserver le contrôle de « tous les écarts dangereux pour l'ordre social et moral », ainsi que le dit M. Planiol ; mais on voit aussi que l'antique droit naturel n'a point perdu tout son empire, et que nos codes mêmes gardent une place à cette loi de défense naturelle dont la condition d'exercice est la *nécessité*, et la limite la *réciprocité*.

Peut-être même serait-il possible d'aller plus loin, avec beaucoup de réserve et de prudence d'ailleurs, en cherchant si cette obligation générale et naturelle de défendre sa vie ne serait pas à la base des théories sur l'état de nécessité. On l'a nié, peut-être parce que la théorie complète du droit naturel était restée oubliée, et j'avoue que les objections ne m'ont pas convaincu.

En droit positif, la question se pose à propos de l'article 64 du Code pénal : *Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu... a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister*. Quelle est la raison de cette impunité dans l'état de nécessité ? disent les auteurs. Ils répondent par diverses théories, dont la plus généralement adoptée est celle-ci : il y a impunité, parce que la société n'a pas intérêt à punir (1).

Il faut convenir que la réponse n'est pas précise, peut-être pour cette première raison que la question serait mal posée ;

---

1.— Cf. GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 64, § 95 et suivants.

et, en réalité, elle ne serait peut-être pas tant *Pourquoi y a-t-il impunité* que *Pourquoi n'y a-t-il ni crime ni délit* ? Car demander pourquoi il y a impunité, cela suppose qu'il y a crime ou délit, ce qui est contraire au texte. Tandis que si je sais pourquoi il n'y a ni crime ni délit, ce qui est le texte, je saurai bien facilement pourquoi il y a impunité. De sorte que la question initiale paraît bien être celle-ci : Pourquoi, d'après l'article 64 du Code pénal, n'y a-t-il ni crime ni délit dans ce qu'on appelle l'état de nécessité ?

Voici exactement la difficulté. En droit civil de Montesquieu, comprenant notre droit pénal moderne, toute atteinte à la vie ou aux biens d'un autre citoyen est un délit : ce délit peut être excusé, justifié, absous, mais il ne peut pas ne pas y avoir délit. Si donc le texte dit qu'il n'y a pas de délit, c'est que l'acte prévu ne relève pas du droit civil. Quel est donc l'ordre de lois où l'atteinte portée par un particulier à la vie et aux biens d'autrui ne serait pas un délit dans l'état de nécessité ? Je n'en connais qu'un, qui est le droit naturel. Voilà pourquoi je suis amené à penser, d'après le texte, que cet article 64 est une transposition légitime, nécessaire, mais transposition dans le Code pénal d'une règle de droit naturel (1).

Cette hypothèse me rend compte de la contradiction apparente des termes de l'article 64. Il dit en effet qu'un homme peut être *prévenu...* et cependant *qu'il n'y a ni crime ni délit*. En pur droit civil, ces deux idées seraient contradictoires et inconciliables ; il n'y aurait pas de prévention possible, s'il n'y avait ni crime ni délit ; imaginez un acte innocent, qui ne

---

1. — Cet article était peut-être nécessaire, parce que, disait Portalis, « dans les matières criminelles, le juge ne peut en aucun cas suppléer à la loi » (*op. cit.* titre V, art. 13). L'article 64 lui donne l'appui formel d'un texte, et l'on voit bien que ce texte ne se confond point avec ceux qui règlent le cas de légitime défense. — Voici d'autre part les règles du droit na-

soit ni crime ni délit, et il sera impossible de prévenir. Cependant, les deux termes sont bien dans l'article ; mais cela s'explique si l'on part du droit naturel, suivant l'idée si nettement exprimée par M. Planiol, que le droit positif doit réprimer, donc contrôler, tous « les écarts dangereux pour l'ordre social et moral ». Tuer quelqu'un, même en état de nécessité, est un écart dangereux pour l'ordre social et moral. En droit naturel, cela peut ne pas être un crime ni un délit ; mais le droit civil contrôle : d'où l'idée que l'auteur de cet acte peut être prévenu, bien qu'il n'y ait ni crime ni délit. La preuve qu'il ne s'agit bien là que d'un contrôle, c'est que dans le cas où le contrôle est inutile, c'est-à-dire où le droit naturel est si évident qu'il n'est pas discutable, il n'y a point de prévention ni de poursuites, ce que dit si bien M. Garçon : On n'a pas songé à poursuivre les naufragés de la Méduse (1).

La raison que l'on admet aujourd'hui : impunité, parce que la société n'a pas d'intérêt à punir, rend-elle mieux compte des faits ? Cela n'est point évident. La société punit souvent des actes moins dangereux, moins répréhensibles, et le crité-

---

turel relatives à l'état de nécessité : « La nécessité extrême a ses lois qui dispensent de toutes les autres, elle autorise tout ce qui contribue à notre propre conservation, et détruit tout ce qui s'y oppose... Dans le cas où il faut, de toute nécessité, que de deux hommes l'un ou l'autre périsse, il est indifférent, par rapport à la félicité générale des hommes lequel des deux soit conservé ; il suffit à la société humaine que l'un des deux soit sauvé. Le devoir de conserver les autres perd alors toute sa force, parce que la raison en cesse ; mais l'obligation de se conserver soi-même subsiste toujours. C'est en vertu de cette obligation, que nous sommes tenus de nous sauver dans l'extrémité du péril, plutôt que de sauver les autres. » BURLAMAQUI : *Principes du droit de la nature des gens*, II. Chap. 8 : *Du droit de nécessité*.

.1 — *Op. cit.*, § 93. De même, on n'a pas poursuivi les survivants de la mission Flatters, assassins, anthropophages, etc.

rium proposé, tout en étant une raison, n'est peut-être pas toujours suffisant. Prenons un exemple. Un alpiniste coupe la corde qui le rattache à ses compagnons tombés dans un précipice : il les tue, mais sauve sa vie. J'admets bien que si l'alpiniste est un particulier, qui se trouve dans un cas tout-à-fait exceptionnel pour lui, la société n'ait pas intérêt à le punir ; mais si cet alpiniste est un guide professionnel, la société aurait au contraire le plus grand intérêt à le punir, pour l'exemple, afin que les autres guides ne se laissent pas aller à la tentation de couper la corde. Cependant, le guide sera peut-être prévenu, pour le contrôle, mais il ne sera pas condamné s'il n'a coupé la corde que pour sauver sa vie. Ce n'est donc pas l'intérêt ou le non-intérêt de la société qui détermine le juge à l'impunité dans ce cas, puisque précisément il décide contre l'intérêt de la société ; je crois plus volontiers que c'est une autre idée, qui est bien de droit naturel, celle que le guide dans cet état de nécessité avait l'obligation naturelle de sauver sa vie.

Il y a dans cette espèce conflit du droit naturel qui permet de nuire à la vie d'un autre citoyen dans l'état de nécessité, et du droit civil qui l'interdit ; s'il n'y a pas délit, c'est que nous sommes dans le droit naturel ; et si le juge déclare qu'il n'y a pas eu délit, c'est qu'il apprécie sainement un acte de l'ordre naturel par un principe de droit naturel. Au contraire, lorsque nous appelons cet acte un délit impuni, nous transportons l'idée de délit venue du droit civil dans l'ordre naturel ; et nous sommes bien embarrassés ensuite d'expliquer pourquoi ce délit reste impuni, parce que nous avons confondu les ordres de lois.

En fait, il y a là cette énorme difficulté que signalait Montesquieu, celle de savoir *bien* à quel ordre de lois se rapporte *principalement* un acte sur lequel nous devons statuer. Admettons-nous qu'il se rapporte principalement à l'ordre naturel ? tout est clair. Voulons-nous qu'il se rapporte princi-

palemment à l'ordre civil ? tout est contradictoire. Logiquement, je le rapporte à l'ordre naturel.

Quelle est l'objection à cette logique ? C'est, dit-on, que le droit naturel est une théorie vieillie, qui n'a plus qu'un intérêt historique : nous n'admettons plus l'idée de droit naturel. Si c'est une théorie vieillie, peut-être serait-elle plus indiquée qu'une théorie moderne pour expliquer un texte centenaire, comme celui de l'article 64. Si elle n'a plus qu'un intérêt historique, encore conviendrait-il de lui accorder son importance historique. Mais l'illusion serait grande, je crois, de lui dénier un intérêt juridique actuel et permanent. Certes, le domaine du droit naturel est d'autant plus étroit que celui du droit positif est plus étendu et que la justice sociale est plus vigilante ; mais je ne saurais admettre que le droit naturel n'existe plus, quand tout me prouve qu'il existe, quand on l'applique dans les cours, et qu'il ne peut s'effacer que momentanément devant l'autorité du droit positif qui en est l'expression concrète.

En réalité, le droit naturel se transforme, mais il ne peut pas cesser d'être. L'erreur initiale moderne me paraît avoir été d'admettre, d'après la littérature de 1820, que le droit naturel pût être l'expression de la nature de chacun : c'était méconnaître bien légèrement l'effort vigoureux de la doctrine classique, qui est tout autre. Pour Diderot, en particulier, le droit naturel est l'expression, non de l'instinct individuel, mais de la volonté générale (1). Il en résulta que du jour où la Ré-

---

1. — *Encyclopédie*, Article Droit naturel : « 7<sup>o</sup>. C'est à la *volonté générale* que l'individu doit s'adresser pour savoir jusqu'où il doit être homme, citoyen, sujet, père, enfant, et quand il lui convient de vivre ou de mourir. C'est à elle à fixer les limites de tous les devoirs. Vous avez le *droit naturel* le plus sacré à tout ce qui ne vous est point contesté par l'espèce entière. »

volution eut fait également de la loi positive l'expression de la volonté générale, le droit naturel se confondit avec le droit positif, et que nos lois plus complètes ayant réglé par des textes la plupart des cas réglés jadis suivant l'usage ou le droit naturel, son rôle de droit distinct s'atténua, et l'utilité d'un ordre de loi spécial tel que l'avait conçu Montesquieu disparut (1).

Ce fut la cause de son déclin, mais toutefois il ne disparut pas entièrement. Bien des notions de droit naturel ne furent pas inscrites dans les codes qui pourtant ne furent point abolies, parce qu'elles ne pouvaient pas l'être. Portalis fait de ce droit naturel latent un élément constant du droit interne, et il indique avec précision les cas où il s'applique : « Dans les matières civiles, dit-il, le juge à défaut de loi précise est un

- 
1. — Il y eut au moment de la codification un effort considérable pour faire disparaître de la pratique judiciaire les règles obscures de l'usage antique et du droit naturel. « Ce code civil ne répondait pas encore à tous les désirs de l'Empereur. Il projetait un Code universel, afin qu'il n'y eût plus d'autres lois que celles inscrites dans ce seul code, et qu'on pût proclamer, une fois pour toutes, nul et non-venu tout ce qui n'y serait pas compris : car, ajoutait-il, avec quelques édits de Chilpéric ou de Pharamond, déterrés au besoin, il n'y a personne qui puisse se dire à l'abri d'être dûment et légalement pendu. » (*Idées napoléoniennes*, p. 114). C'est le même dessein qui prévalut dans son idée d'un code du droit des gens.

L'importance du droit naturel diminua donc à mesure que les lois positives se firent plus claires et plus complètes par la codification. En outre, lorsqu'eurent disparu la division territoriale des coutumes et la distinction sociale des classes, lorsque tous les hommes furent soumis à la même loi, et qu'un droit international privé eut été constitué, on eut moins recours à ce droit naturel qui s'appliquait, suivant la curieuse expression de Burlamaqui, « entre ceux qui n'ont point de juge commun, et qui se trouvent à cet égard dans l'état de nature. »

ministre d'équité. L'équité est le *retour à la loi naturelle* ou aux usages reçus dans le silence de la loi » (1).

C'est ainsi qu'en matière civile, la doctrine reconnaît l'application du droit naturel dans les cas de rescision pour lésion, de répression du dol et d'enrichissement sans cause (2). Cette sorte de juridiction de droit naturel, que les pays anglo-saxons spécialisent en jugeant *at equity* ou *at law*, se maintient en France dans la jurisprudence, empêchée de se spécialiser ou de s'étendre par l'existence d'un code positif, mais existant toujours, d'une vie latente qui se réveille au défaut de la loi positive (3).

- 
1. — *Op. cit.*, Titre V, art. 11. Loi naturelle est pris ici dans le sens général de droit naturel.
  2. — Cf. PLANIOL, *op. cit.* II, § 933. — « Nos jurisconsultes ne paraissent pas en général avoir fait une bien large place à l'hypothèse d'un enrichissement sans cause... Néanmoins, il n'est pas douteux que le principe subsiste dans notre droit, comme une règle nécessaire d'équité... Il en est de la restitution d'un enrichissement sans cause, comme de la répression du dol : *c'est une de ces rares règles de droit naturel* qui dominent toutes les lois, alors même que le législateur n'a pas pris spécialement soin de les formuler. » M. May explique également par l'équité la rescision pour lésion de plus des 7/12 : « L'équité exige, dit-il, que l'acheteur ne profite pas de la situation embarrassée dans laquelle se trouvait le vendeur... Aussi ne doit-on pas dire que la rescision pour lésion est fondée sur un vice du consentement. » (*Éléments de Droit Romain*, p. 293).
  3. — M. Planiol observe que le Code civil ne donne que des exemples de droit naturel : construction sur le terrain d'autrui, récompenses entre époux. Comment le juge peut-il décider dans les cas similaires ? La loi positive faisant défaut, il ne peut juger que par un retour à la loi naturelle, suivant l'expression de Portalis. L'article 1135 du Code civil est le texte qui permet à la jurisprudence ce retour au droit naturel : « Les conventions obligent non-seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que *l'équité*, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». On trouvera

En matière pénale, le retour à la loi naturelle est plus rare parce que la loi est stricte, mais il se rencontre cependant, et l'art. 64 permet au juge, par un texte, de juger en équité et suivant la loi naturelle, un acte de l'ordre naturel. D'autre part, alors même que l'on propose de substituer le critérium moderne : intérêt de la société, à l'idée vieillie de droit naturel, on ne fait pas du tout une révolution juridique, car, disait Burlamaqui « le principal et dernier but des peines est donc la sûreté et la tranquillité (c'est-à-dire l'intérêt) de la société » (1); de sorte qu'invoquer l'intérêt de la société, c'est tout compte fait invoquer encore une idée du droit naturel.

Enfin parfois l'intérêt de la société se trouve pleinement mis en échec, et la solution juridique intervenue ne s'explique pas autrement que par une idée de droit naturel : tel est le cas de l'évasion du prisonnier qui n'est pas punie comme un délit, bien que l'intérêt évident et certain de la société soit de punir cette évasion. « L'instinct naturel qui attache l'homme à la vie, et le sentiment qui le porte à fuir l'infamie, ne permettent pas que l'on mette un criminel dans l'obligation de s'accuser lui-même volontairement et de se présenter au

---

dans Burlamaqui, *op. cit.* III, p. 482, les règles de ce pouvoir du juge, et p. 26, les termes mêmes de l'article 1135 : « Il n'y a aucune espèce de convention où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander, tant en la manière de s'exprimer dans la convention que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toutes les suites ».

Le dernier alinéa de l'article 1134 qui abolit le contrat de droit strict est aussi l'expression de la doctrine du droit naturel. « La distinction d'actes de bonne foi et d'actes de droit rigoureux n'est point conforme au droit naturel, par les principes duquel l'interprétation selon l'équité doit avoir lieu en toutes sortes d'actes ». (BURLAMAQUI, *op. cit.*, III, p. 24.)

1. — BURLAMAQUI, *Op. cit.* IV, p. 380.

supplice de gaité de cœur, disait Burlamaqui (1); et aussi le bien public et les droits de celui qui a en main la puissance du glaive ne le demandent pas... C'est par une conséquence du même principe, qu'un criminel peut *innocemment* chercher son salut dans la fuite, et qu'il n'est pas précisément tenu de rester dans la prison, s'il s'aperçoit que les portes en sont ouvertes, ou qu'il peut les forcer aisément; mais il ne lui serait pas permis de chercher à se procurer la liberté par quelque nouveau crime, comme en égorgeant ses gardes, ou en tuant ceux qui sont envoyés pour se saisir de lui. » On observera combien exactement ces dispositions se trouvent être celles du Code pénal, et cette fois M. Garçon reconnaît lui-même que « les dispositions du droit moderne trouvent leur origine dans ces anciennes règles » (2). Donc là encore, il serait difficile d'expliquer notre droit moderne si l'on voulait nier l'existence du droit naturel dans l'ordre interne, sa vie latente, et son application permanente.

Encore une fois, il ne faudrait pas exagérer, ni le chercher là où il n'existe peut-être pas; il suffit qu'on ne le nie pas lorsqu'il existe, car cela seul permet de juger sainement de certains faits, en évitant la confusion des ordres de lois: si on abolit l'idée de droit naturel, on doit forcément classer les actes de l'ordre naturel dans une autre catégorie, d'où erreurs et confusion. Cela dit, j'admets pleinement que dans le droit interne le domaine de la loi naturelle et du droit naturel est extrêmement étroit: en va-t-il de même dans l'ordre externe? La question se pose, parce que dans la théorie de Montesquieu, *droit naturel* s'oppose à *droit des gens* aussi bien qu'à *droit civil*. Sous quelles formes, dans quelles limites, le droit naturel intervient-il dans l'ordre externe?

---

1. — *Op. cit.* IV. pp. 377 et 378.

2. — *Code pénal annoté*. Evasion. §§ 1 et 4.

## CHAPITRE VII

---

### Le droit naturel dans l'ordre externe.

Le droit extérieur ou des gens est la réunion des règles qui sont observées par les diverses nations, les unes envers les autres.

Dans le nombre de ces règles, les unes sont uniquement fondées sur les principes de l'équité générale, les autres sont fixées par des usages reçus ou des traités.

Les premières forment le droit des gens naturel, les secondes le droit des gens positif (1).

*Livre préliminaire du Code Civil, I. art. 4.*

On regrette que Portalis, en séparant le droit positif des traités du droit coutumier des usages, n'ait pas distingué clairement les trois parties du droit international, comme il avait distingué les trois parties du droit national. Rien ne s'opposait à cette claire symétrie ; mais enfin, l'essentiel est ici qu'il garde

- 
- 1.— Il faut noter cette conception du droit des gens positif fondé sur l'usage reçu ou sur les traités, c'est-à-dire, fondé non sur la volonté générale des peuples valant loi internationale, mais sur des conventions particulières, expresses ou tacites. C'était la conception de l'école positive, et de Mably en particulier : « cet assemblage de conventions qui forme le droit public », disait-il, dans son *Droit public fondé sur les traités*. Il en résulte que si l'une des parties viole l'usage reçu, ou si un prince viole son traité, « il n'y a plus de droit des gens » disait encore Mably, parce qu'il n'y a plus de convention. Si le droit des gens positif est aboli, d'après quel ordre de lois seront réglés les rapports entre nations ? Toute la question du droit naturel dans l'ordre externe est là.

au droit naturel son rôle et son rang dans l'ordre externe comme dans l'ordre interne. Est-ce le même rôle et le même rang ? *A priori*, on en peut douter. Il semble bien que la loi naturelle doive se gouverner dans le droit des gens par des règles assez différentes de celles qui la régissent dans le droit des citoyens, pour cette raison fondamentale : que les nations ne sont pas entre elles dans le même rapport juridique que les citoyens d'un Etat entre eux, et que l'assimilation est imparfaite des gens aux citoyens de l'univers. Il en résulte que la loi naturelle des gens doit forcément différer de la loi naturelle des individus.

D'abord, le domaine du droit naturel est beaucoup plus vaste dans l'ordre externe que dans l'ordre interne. De l'ensemble des rapports sociaux entre citoyens, la plus grande partie est aujourd'hui réglée par la loi positive ; le reste est domaine étroit du droit naturel. De l'ensemble des rapports sociaux entre nations, un bien petit nombre encore font l'objet de lois positives générales ; le reste, nombreux, appartient au droit naturel. Cela explique bien pourquoi on a maintenu pendant longtemps une si regrettable confusion entre les termes droit des gens et droit naturel. Le XVIII<sup>e</sup> siècle les confondait encore. Toutefois, si nous portons dans le droit externe la division du droit naturel en raison naturelle et loi naturelle, nous arriverons à quelque précision.

1<sup>o</sup> De même que la raison naturelle, « expression de la volonté générale » d'après Diderot, se traduit en lois positives de l'Etat, « expression de la conscience publique » d'après Montesquieu, de même cette raison naturelle devrait se traduire en lois positives de l'univers, si les peuples pouvaient se réunir pour exprimer leur volonté commune. C'est un effort de large et féconde solidarité que la doctrine allemande du XVIII<sup>e</sup> siècle jugeait impossible (1), tandis que le droit

---

1. — Cf. MARTENS, *Préface de 1796*,

intermédiaire français le proclamait inévitable, urgent et nécessaire, comme une conséquence de la fraternité des peuples. Ce mouvement s'esquisse aujourd'hui et le droit positif des nations se forme lentement ; mais il y a cent ans, « le monde ne donnait encore que des espérances » suivant le beau mot de Grégoire en 1795.

2<sup>o</sup> A défaut de convention générale, la raison naturelle devait trouver son expression dans les accords particuliers entre deux nations. A partir du moment où deux peuples étaient liés par un traité, ils n'étaient plus « indépendants » comme dans l'état de nature ; ils entraient dans une sorte d'état de société limitée ; d'où cette idée qu'un traité ne pouvait être la seule expression de la force brutale, et cette autre conception d'un droit positif entre nations formé par une collection de traités auxquels les peuples feraient accession successive. C'est ce que disait Napoléon : « *Ces principes forment le droit maritime des neutres, parce que les différents gouvernements se sont librement et par des traités engagés à les respecter* » (1). La différence de ce droit positif fondé sur les traités avec la loi positive, expression de la volonté générale, c'est que l'accession aux principes est successive au lieu d'être simultanée. La différence de la loi positive des peuples avec la loi positive des individus, c'est qu'elle ne se forme pas par la volonté d'une majorité, mais par la volonté unanime : c'est une conséquence de la souveraineté des gens qui n'en font pas abandon comme les individus, et qui conservent ce droit de souveraineté comme dans l'état de nature, parce que l'état de société des peuples ne leur offre pas encore assez de garanties de sécurité.

3<sup>o</sup> Enfin, à défaut de lois universelles ou de traités particuliers, la raison naturelle s'exprime dans les usages con-

---

1. — *Correspondance*, XXX, p. 460.

sacrés de la paix ou de la guerre qui, généralement admis, tacitement ou expressément, constituent un ensemble de règles auxquelles tous les souverains font successivement appel pour réclamer leurs droits, reconnaissant ainsi l'existence d'un droit coutumier des gens.

Ainsi, en nous plaçant au début du XIX<sup>e</sup> siècle et avant les efforts généreux de La Haye, bien que le droit intermédiaire français proclamât la possibilité et la nécessité d'un droit positif codifié des nations qui eût été l'expression méthodique de la raison naturelle (1), la raison naturelle entre les gens ne s'exprimait encore que par le droit positif des traités et par un droit coutumier constaté par la doctrine. Quel était alors le domaine de la *loi naturelle* de réciprocité ?

En premier lieu, la loi naturelle de réciprocité était la seule loi qui régit les rapports entre un peuple qui adoptât le droit coutumier et un peuple qui ne l'adoptât point. Lors donc qu'un Etat repoussait ce minimum de règle sociale, les autres peuples n'étaient point tenus à son égard aux mesures dilatoires et lénitives qu'avait lentement imposées la coutume entre les nations policées, puisque, ne subissant aucune règle, il ne reconnaissait aucun droit que l'on pût invoquer contre lui. On usait envers lui de pure et directe réciprocité. Le type de ces Etats était alors pour toute la doctrine l'Etat barbaresque d'Alger ; il était proprement hors du droit des gens, même

---

1. — Voir les projets de Codes du droit des gens de Grégoire en 1793 et 1795, de Napoléon en 1804. Cette idée d'un code du droit des gens se rattachait à l'idée de Montesquieu du droit des gens considéré comme droit civil de l'univers dans le sens que chaque peuple en est un citoyen. Il y a, en particulier, un curieux parallélisme entre la Déclaration du droit des gens de Grégoire et la Déclaration des Droits de l'homme en 1793.

coutumier, réduit à l'état de nature, par sa propre volonté d'ailleurs, et en cela suivant son visible intérêt (1).

En second lieu, par une conséquence parfaitement logique des principes, tombait sous le coup de la loi naturelle de réciprocité, l'Etat qui, manquant aux prescriptions d'usage ou à son engagement personnel, violait le droit commun coutumier ou violait son traité par une rupture unilatérale. Cela était logique, parce qu'étant sorti de l'état de nature et entré dans l'état de société par l'adhésion aux usages ou par le traité, il revenait à l'état de nature et s'excluait lui-même de l'état de société s'il n'observait ni l'usage ni le traité. C'était la doctrine de Mably. Or, si entre particuliers la violation du droit ne conduit que devant les tribunaux, entre nations qui ne sont point soumises à un tribunal commun, ce recours est impossible, et une seule loi peut s'appliquer, qui est la loi naturelle. C'est ce que disait la doctrine de l'école positive, et Napoléon en termes particulièrement nets : « Entre gouvernements indépendants, il n'y a pas d'autre justice qu'une stricte réciprocité (2) ». De sorte que nous avons bien là, comme

- 
1. — Cet Etat barbaresque fut un des plus constants soucis de Napoléon, en vue de le ramener aux lois sociales des nations, et de le faire « rentrer dans le droit des gens ». C'est un des points de l'histoire napoléonienne les plus curieux, et cette expression même de « rentrer dans le droit des gens » si fréquente dans la Correspondance, indique bien qu'un tel Etat se trouvait soumis à un droit autre que celui des gens, qui ne pouvait être que le droit naturel. Napoléon faisait donc bien nettement la distinction entre droit naturel et droit des gens et paraît avoir suivi en cela la doctrine de Montesquieu.
  2. — *Correspondance*, 14999. A Champagny. — Comparer la doctrine de Vattel, en particulier dans son étude sur le droit de punir entre les Nations, Livre II, Chap. 4 et 5, §§ : 52 Droit de punir un offenseur ; 53 Droit de tous les peuples contre une nation malfaisante ; 68 Droit de se faire rendre justice ; 69 Droit de punir une injustice ; 70 Droit de toutes les nations contre celle qui méprise ouvertement la justice. La doctrine

dans le droit interne, ce que Portalis appelait un retour à la loi naturelle ; mais tandis que le retour à la loi naturelle ne se produit guère, en droit interne, qu'au civil non au pénal, il a rarement pour objet, en droit externe, l'interprétation par équité d'un texte diplomatique ou d'un usage, et a plus souvent pour effet l'application de mesures coercitives de réciprocité. C'est en quelque façon un droit sanctionnateur des violations du droit, faute de moyens de droit commun adoptés entre les nations (1).

Enfin, du fait que les nations n'ont ni tribunal, ni force de police internationale pour garantie de leur sécurité, résulte cette conséquence, déduite par Montesquieu, que leur recours à la loi de défense naturelle ne peut pas s'exercer seulement pendant le *moment* où la loi positive sommeille. « La vie des

- -

- -

de Napoléon limite précisément à la réciprocité ce droit que Vattel rapporte à la loi naturelle sans le limiter autrement. Le terme « gouvernements indépendants » est pris ici, non dans un sens politique, mais au sens juridique de gouvernements qui ne sont plus liés par aucun usage ni traité, comme dans l'état de nature.

1. — On sentira toute la logique de cette doctrine et son rapport avec la théorie de Montesquieu en reprenant fermement la distinction des neuf ordres de lois. Voici deux peuples qui sont liés par des règles du droit des gens, « droit civil de l'univers ». Cet ordre de lois, ce rapport juridique étant aboli entre elles, quel est celui des neuf ordres de lois qui réglera leurs relations ? Un seul est possible, c'est le droit naturel : la rupture du droit des gens impose donc le retour au droit naturel.

La définition du droit extérieur, donnée par Portalis, conduit au même résultat. Il y distingue un élément de droit naturel, un élément de droit positif et un élément de droit coutumier : la violation du droit positif ou du droit coutumier ramène au droit naturel. Il est assez imprévu de trouver une construction logique du droit international dans cette école du droit des gens intermédiaire française que l'on a si longtemps dédaignée.

Etats, écrit-il, est comme celle des hommes : ceux-ci ont droit de tuer dans le cas de la défense naturelle ; ceux-là de faire la guerre pour leur propre conservation. Dans le cas de la défense naturelle, j'ai droit de tuer parce que ma vie est à moi, comme la vie de celui qui m'attaque est à lui ; de même, un Etat fait la guerre parce que sa conservation est juste comme toute autre conservation.

« Entre les citoyens, le droit de la défense naturelle n'emporte point avec lui la nécessité de l'attaque. Au lieu d'attaquer, ils n'ont qu'à recourir aux tribunaux. Ils ne peuvent donc exercer le droit de cette défense que dans les cas momentanés où l'on serait perdu si l'on attendait le secours des lois. Mais, entre les sociétés, le droit de la défense naturelle entraîne quelquefois la nécessité d'attaquer, lorsqu'un peuple voit qu'une plus longue paix en mettrait un autre en état de le détruire, et que l'attaque en ce moment est le seul moyen d'empêcher cette destruction (1) ».

Cette question du droit de la guerre, de la guerre offensive, de la guerre défensive, de la qualification de la légitime défense des peuples : *état*, *droit* ou *devoir*, est une des plus complexes qui soient, et sa discussion nous entraînerait trop loin (2). Mais

---

1. — *Esprit des Lois*, X, 2.

2. — Cf. *La paix et le droit* (Janvier 1911) sur le Congrès de la Paix de 1910. « Est-ce qu'il y a un droit de légitime défense ? Non, il y a simplement un *état* de légitime défense. C'est une question de fait et non de droit ». Par contre, M. Frédéric Passy disait : « Il y a un *devoir* de légitime défense ». Il me semble que tout cela se concilie facilement si l'on ne néglige pas les notions de droit naturel. Il existe, en effet, un état plutôt qu'un droit de légitime défense, quand on se place au seul point de vue du droit positif ; mais il y a bien en effet un devoir de légitime défense, quand on se place au point de vue du droit naturel. Il me semble que ces discussions seraient plus claires et plus fécondes, si l'on n'avait pas répandu prématurément cette idée que le droit naturel n'existe plus.

en prenant les choses en fait et telles qu'elles sont, on reconnaîtra sans doute que le domaine de la loi naturelle est bien plus étendu dans le droit externe que dans le droit interne, et que cela résulte précisément du défaut ou de l'insuffisante sanction des lois positives internationales. Si bien que par une formule légèrement forcée, sans être inexacte d'ailleurs, on pourrait dire que dans le droit interne la loi naturelle n'est qu'une loi accidentellement supplétive de la loi positive, tandis que dans le droit externe elle est régulièrement loi complémentaire, et souvent sanctionnatrice, de ce droit embryonnaire positif, coutumier ou conventionnel, qui régit encore les relations des peuples. Sous quelles formes se produit cette sanction ? Quels conflits peuvent en résulter avec d'autres droits sanctionnateurs, tels que le droit pénal, le droit militaire ou le droit commun de la guerre ? Et comment la théorie de la séparation des ordres de lois de Montesquieu permettra-t-elle de les résoudre ?

\*  
\* \*

« Il ne faut pas croire, disait Vattel, que l'on n'ait qu'à substituer les Nations aux particuliers... Un Etat est un sujet bien différent d'un individu humain... Il est donc bien des cas dans lesquels la loi naturelle ne décide point d'Etat à Etat comme elle déciderait de particulier à particulier... Il faut savoir en faire une application accommodée aux sujets (1) ». Interdite dans le droit interne hors les cas de grave nécessité momentanée, et alors strictement soumise à la règle d'une immédiate réciprocité, la loi naturelle sera-t-elle aussi strictement soumise à cette limite de réciprocité dans le droit externe ? Quels caractères nouveaux peuvent résulter en droit externe

---

1. — VATTEL, *Preliminaires*, § 6.

de ce fait que les gens ne sont pas encore exactement des citoyens de l'univers régis par un droit positif commun ? L'étude complète en serait longue et dépasserait singulièrement les bornes de ce travail ; il suffira de marquer les principes.

Les mesures de réciprocité du temps de paix, telles que représailles douanières ou actes de rétorsion, sont bien connues et ne donnent lieu à aucune discussion ; mais, sitôt que l'on approche de l'état de guerre, la situation se complique, précisément parce que le rôle de la loi naturelle y devient plus considérable. Ainsi Montesquieu observe que le droit de défense naturelle des Etats comporte un certain droit d'attaque, qui tient au devoir naturel de conservation, qui n'existe à aucun degré entre les citoyens et qui, puisqu'il est une attaque, ne peut pas être limité à la pure réciprocité. Voyons maintenant un fait de guerre.

En droit interne, si un individu veut me tuer et que la loi positive ne me protège pas momentanément, j'ai le droit de tuer. Mais en droit externe et à la guerre, tuer n'est pas une violation du droit ; pour qu'il y ait violation du droit, il faut tuer d'une manière qui ne soit conforme ni au droit coutumier, ni au droit conventionnel de la guerre. Supposons donc qu'une armée fasse usage de balles explosibles ; l'adversaire pourra-t-il faire usage des mêmes munitions interdites ? Nullement. La réciprocité ne permet donc pas tout dans la guerre moderne ; la loi naturelle est conditionnée, même dans cet état de semi-barbarie, et soumise à des règles qui lui sont propres.

De même, si un belligérant empoisonne les sources, son adversaire n'aura pas le droit d'empoisonner les sources par réciprocité. Il protestera, il demandera justice à un tribunal international, et, s'il peut saisir le coupable, il le fusillera par une répression prompte et éclatante, la nécessité de l'exemple entrant pour beaucoup dans la rigueur des lois militaires : ce ne sera pas exactement le talion, mais ce sera un acte de

« justice arbitraire », suivant l'expression du XVIII<sup>e</sup> siècle, une espèce de talion, puisque la punition portera sur le coupable.

Allons plus loin encore. Si l'adversaire ne peut ni solliciter réparation d'un tribunal, ni obtenir la fin de ces violations du droit coutumier ou conventionnel de la guerre, ni saisir le coupable, sera-t-il désarmé, et la loi de la guerre devra-t-elle toujours demeurer sans sanction? Ce serait la pire injustice, et le pire danger pour l'humanité tout entière, que la loi coutumière et relativement humaine de la guerre pût être impunément violée. Il y faut une sanction, non point tant à l'acte individuel d'ailleurs, qu'à la violation même de la loi. Dans ce cas, l'usage et la doctrine unanime, ancienne et moderne, admettent que le belligérant puisse saisir un des soldats de l'armée ennemie et le fusiller bien qu'innocent, à titre d'exemple, et pour la seule raison de solidarité. Rien n'est plus troublant aux consciences, ni plus contraire aux exigences de l'équité : c'est la représaille de guerre, unanimement acceptée par l'usage et la doctrine comme une exceptionnelle règle de nécessité, dont le but est de ramener la guerre à ses justes lois, de sanctionner la violation de ses règles et d'en imposer l'observation par la crainte et l'exemplarité du châtement (1). Quelle que soit donc notre opinion

---

1. — Le principe de la représaille de guerre est l'exécution d'un soldat ennemi, à titre d'exemple, et elle est relativement humaine, car la véritable barbarie serait d'étendre à toute une troupe ennemie la responsabilité d'une violation du droit de la guerre. Il y en eut des exemples fréquents, au XIX<sup>e</sup> siècle ; c'est ainsi que les hussards de Szeklers coupables de l'assassinat des plénipotentiaires français de Rastadt furent massacrés sans quartier par les soldats français de Masséna, à la bataille de la Thur. Cf. *Rapport de Masséna, Moniteur*, XXIX, p. p. 694 : « Les hussards de ce corps demandaient à nos soldats si on ne leur ferait aucun

personnelle sur la moralité ou l'immoralité de la représaille, il suffit ici que la doctrine unanime l'autorise, et le seul problème qui se pose en droit est de savoir dans quel ordre de lois il convient de la ranger.

Indissolublement liée à l'état de guerre, la théorie des représailles de guerre paraît bien devoir, au premier abord, appartenir aux règles du droit de la guerre, c'est-à-dire qu'elle appartiendrait à l'ordre du droit des gens. De fait, elle trouve habituellement place dans les traités ou manuels de droit international public, au chapitre de la guerre (1). Et cependant, par plus d'un point, cette classification est blessante. Il est à noter que la Conférence de Bruxelles, saisie en 1874 d'un projet de réglementation des représailles, refusa de les codifier (2), qu'on les admet dans la pratique comme une odieuse nécessité, mais qu'on refuse, avec raison à mon avis, de les introduire dans les codes et règlements internationaux de la guerre. Cette répugnance instinctive est légitime, car si la guerre est de violence, elle est aussi d'honneur généreux ; la pratique de la représaille est en

---

quartier. Songez à vous défendre, leur criaient nos braves. En effet, ils se sont défendus avec vigueur, et on en a fait un carnage terrible ; ainsi a commencé sur eux la punition du plus infâme des attentats. » De la même manière, 600 lanciers du 5th regiment furent massacrés à Ladysmith, 5 seulement épargnés. On a donné à cet acte le nom de représaille : c'est une erreur de qualification ; la vraie représaille eût consisté à fusiller l'un des chefs, pour l'exemple, elle eût été précédée de remontrances, et rien ne prouve qu'elle fût nécessaire. C'est une grave erreur de donner à de tels actes le nom de représailles quand ils n'en ont pas le caractère juridique.

1. — Cf. BONFELS et FAUCHILLE, l'un des ouvrages les plus classiques, p. 583, — F. de MARTENS, *Traité de droit International*, III, p. 266, etc.

2. — F. de MARTENS, *op. cit.* III, p. 267.

contradiction avec ses lois primordiales, et je suis persuadé que ce n'est qu'à défaut d'un autre cadre, et pour avoir prématurément aboli l'idée du droit naturel, que l'on a été amené à l'introduire, sans autre distinction, parmi les règles de la guerre.

Cela est si vrai que, contraints par l'impérieuse logique des idées, les rares juristes qui étudient encore aujourd'hui le droit naturel sont amenés à faire place dans leur étude aux règles de la représaille de guerre. Tel est le cas de M. Tancrede Rothe, professeur aux Facultés catholiques de Lille, qui, dans son *Traité de droit naturel théorique et appliqué*, publié en 1885, reprend avec fermeté la tradition interrompue du XVIII<sup>e</sup> siècle, celle de Burlamaqui, de Rayneval et de Napoléon lui-même, en faisant avec juste raison de la représaille une application de la loi naturelle de réciprocité (1). Sans doute, les caractères de réciprocité et de nécessité de la loi naturelle se sont modifiés en passant de l'ordre interne dans l'ordre externe ; mais ils se retrouvent encore, et la doc-

---

1.— Voir *Encyclopédie*, articles *Droit naturel*, *Guerre*, *Représailles*, *Talion*, etc.—BURLAMAQUI, *op. cit.* V, p. 101.—DE FÉLICE, *Leçons sur le Droit des Gens*, XXV.—RAYNEVAL: *Institutions du Droit de la nature et des gens*, p. 174 et suivantes. — TANCRÈDE ROTHE, *op. cit.*, I, p. 259 et suivantes. Nous avons donc bien là une théorie qui est étudiée à la fois dans le droit naturel et dans le droit international public. On aura peut-être une explication de cette incertitude dans la classification en se rappelant : 1<sup>o</sup> que, d'après PORTALIS, le droit extérieur, ou des gens, comprend des éléments de droit naturel, de droit positif et de droit coutumier, de sorte qu'il n'est pas surprenant qu'une règle de droit externe soit étudiée à la fois dans le droit naturel et dans le droit des gens ; 2<sup>o</sup> que le retour à la loi naturelle se justifie par la violation du droit positif ou du droit coutumier, de sorte qu'il n'est pas étonnant que la représaille (de loi naturelle) soit étudiée en même temps que le droit positif ou coutumier. Mais cela n'empêche pas que la représaille soit principalement du

trine internationale les constate avec précision(1). De sorte que nous avons bien là un de ces problèmes juridiques auxquels Montesquieu faisait allusion dans son Livre XXVI, lorsqu'il signalait la nécessité et la difficulté de savoir *bien* à quel ordre de lois se rapportent *principalement* les choses sur lesquelles on statue. A mon avis, la représaille de guerre se rapporte principalement à l'ordre du droit naturel pour des raisons de logique et de doctrine, accessoirement à l'ordre du droit des gens dans le droit de la guerre : voyons quels sont les conflits juridiques qui résultent de cette situation ambiguë, et comment la théorie de la séparation des ordres de lois permettra de les résoudre.

---

droit naturel et accessoirement du droit de la guerre ; elle est même forcément du droit naturel, puisqu'elle ne peut s'exercer que dans le cas où le droit positif ou coutumier est aboli, lorsqu'il ne subsiste plus, momentanément, que des rapport de droit naturel.

1. — La réciprocité dans la représaille de guerre n'est pas individuelle ; elle s'exerce, comme la guerre, entre les États belligérants, non entre particuliers, et la victime n'est pas frappée parce que coupable, mais parce que socialement solidaire des coupables. — La réciprocité consiste à répondre à une violation de la loi de la guerre, par une violation des lois de la guerre : « Les représailles, dit Bonfils, consistent à répondre à une injustice par une injustice, à contraindre l'ennemi à suivre une conduite régulière par la *crainte* des maux auxquels il s'exposerait en persistant dans ses errements illicites. Le belligérant qui viole les coutumes de la guerre le fait à ses risques et périls ; il s'expose à voir son adversaire agir de même à son égard. » La réciprocité caractéristique de la loi naturelle se retrouve donc bien ici, mais elle n'est plus la limite du droit ; elle est au contraire le point de départ du droit qui, partant de la réciprocité, va jusqu'à l'exemplarité. — De même, le caractère de nécessité se retrouve, car, dit la doctrine, « les représailles ne sont légitimes que parce qu'elles sont nécessaires » ; seulement cette nécessité n'est plus strictement momentanée comme dans

En premier lieu, la représaille de guerre étant d'ordre externe, il ne faudra pas l'apprécier d'après les règles du code pénal ou du code militaire, qui sont d'ordre interne. Ce serait donc une singulière erreur juridique, bien qu'elle soit fréquente en histoire, que d'exiger la preuve de culpabilité de la victime quand, par définition, elle est supposée innocente et n'est frappée que pour l'exemple, — la preuve de la complicité pénale quand la preuve de la solidarité suffit, — les formes de la procédure pénale ou militaire dans une procédure qui n'est ni de l'ordre pénal ni de l'ordre militaire, — les garanties que la loi assure à un criminel quand l'homme n'est pas un criminel, — et enfin l'indépendance des juges quand la représaille est *ordonnée* par le chef et qu'il n'y a pas de juges (1).

En second lieu, la représaille de guerre étant principalement de l'ordre naturel et accessoirement de l'ordre du droit

---

l'ordre interne, et la représaille qui doit être *ordonnée* froidement par un chef supérieur n'a plus le caractère de spontanéité d'un acte de légitime défense. §

1.— Au XVIII<sup>e</sup> siècle, on n'exigeait que la solidarité sans distinguer entre la solidarité nationale et la solidarité militaire. Au XIX<sup>e</sup> siècle, la doctrine est devenue plus sévère, si bien que la violation du droit de la guerre commis par un soldat ne peut attirer la représaille que sur un soldat.

Cependant on dit que cette solidarité est spécieuse : je ne vois pas en quoi. Je comprends bien que les soldats d'une armée ne sont pas complices de celui qui a violé le droit des gens, parce que la complicité est une chose nettement définie en droit, mais je ne vois pas pourquoi ils ne seraient pas solidaires ; la complicité pourrait être dite spécieuse, mais la solidarité ne l'est pas. En réalité, je crois que la difficulté vient surtout de ce que l'on transporte dans le droit naturel l'idée de complicité pénale, de ce que l'on confond les ordres de lois, et que l'on tend invinciblement à juger des actes du droit naturel par des règles du droit pénal. C'est pourquoi il faut toujours revenir à cette idée fondamentale : que le caractère *essentiel* de la représaille de guerre, ce qui la dis-

des gens, il ne faudra pas l'apprécier d'après les principes communs du droit de la guerre, mais la juger suivant les règles qui lui sont propres. Cela est d'autant plus important que le conflit est constant entre le droit conventionnel de la guerre et le droit naturel dans la guerre.

Ainsi, le droit conventionnel pose comme un principe absolu que les prisonniers de guerre ont la vie sauve, et cela est très beau. Mais, d'autre part, la doctrine et la pratique autorisent la représaille de guerre qui consiste à fusiller un soldat ennemi pour l'exemple. Comme on ne peut pas fusiller pour l'exemple le général ennemi qui caracole à la tête de ses troupes, il faut donc bien de toute nécessité que la représaille soit exercée sur un prisonnier de guerre (1). D'où conflit très

---

tingue de toute autre sanction, c'est qu'elle porte sur un individu qui peut être personnellement innocent. Si elle porte sur le coupable, il y a talion, ou application pure et simple du droit commun de la guerre, mais il n'y a pas représaille de guerre.

Quant à la solidarité, elle est indiscutable du moment qu'on admet que la guerre se fait entre Etats et non pas entre individus, et elle a toujours été admise. Cf. MARTENS, *op. cit.* II, Chap. 8.

- 1.— Comme cela semble à première vue une sorte d'imprécation contre l'axiome le plus sacré du droit de la guerre, je dois donner quelques textes de doctrine. Voici ce qu'écrivait M. de Martens dans son *Traité de droit International* (1887), III, p. 268: « Si l'on ne parvient pas à connaître le vrai coupable ou si l'on se trouve dans l'impossibilité de le punir, on usera de représailles contre le commandant et les officiers des troupes ennemies faits prisonniers... ». D'autre part on consultera avec profit la thèse très récente de M. Noël du Payrat (Paris, 1910) sur une matière aussi étrangère aux idées communes du droit de la guerre. Voici la conclusion de son chapitre VI: « La conclusion de ce chapitre est donc celle-ci: on ne doit pas déclarer d'avance que l'on refusera de faire quartier, systématiquement et de parti pris, mais il y a des circonstances où un chef sera contraint de ne pas faire quar-

net entre le droit conventionnel qui interdit de fusiller le prisonnier, et la loi naturelle qui le permet. Ce conflit est un des plus douloureux du droit de la guerre, et il ne peut se résoudre que par l'absolue séparation des ordres de lois, en appliquant les principes de l'ordre de lois auquel se rapporte principalement la chose sur laquelle on statue : l'exécution d'un prisonnier de guerre par représaille se rapportant principalement au droit naturel, il faut donc de toute nécessité apprécier cet acte d'après les règles du droit naturel, et la pire erreur

---

tier à ses ennemis... Ce sera peut-être à titre de représailles, bien que ce procédé devienne une exception de plus en plus rare. « Il se peut, dit M. Pillet, qu'un général se voie obligé de faire fusiller quelques prisonniers, en raison de la conduite incorrecte que tient son adversaire, qu'il manifeste par là sa ferme intention d'obliger son ennemi au respect des lois de la guerre, mais encore ne s'y résoudra-t-il qu'à la dernière extrémité » (A. PILLET : *Les lois actuelles de la guerre*, chap. 6, p. 149)... Les représailles ainsi exercées ne doivent pas être décidées par esprit de vengeance, mais comme moyen de coercition : elles sont tolérées quand elles restent la seule sanction efficace du droit de la guerre, à la condition d'être aussi restreintes que possible et de ne pas dépasser en rigueur les infractions qu'il s'agit de réprimer. (*Manuel de droit international pour les officiers français*, p. 26)... Peu d'écrivains contestent la légitimité des représailles en pareil cas : ne pas l'admettre dans ces conditions, ce serait faire preuve, dit Lueder, (*Landskriege'srecht*, p. 73) « d'une méconnaissance du sens, de la gravité et du droit de la guerre, méconnaissance qui découlerait d'une sensibilité humaine, sans doute concevable, mais exagérée et injustifiée. Il ne faut pas perdre de vue que l'on doit se préoccuper ici en première ligne des nécessités de la guerre et de la sécurité de l'Etat, et non de la considération qu'à tout prix les personnes ne doivent pas être molestées. » La raison prédominante qui empêchera de faire quartier est donc la nécessité de guerre inéluctable, le devoir de conservation des troupes et l'intérêt suprême de la patrie. Il faut admettre qu'un général pourra recourir à cette mesure rigoureuse, s'il

juridique serait de l'apprécier d'après les règles du droit conventionnel des gens.

L'objet précis de cette étude n'étant que de déterminer les différents ordres de lois et de montrer l'importance du principe de leur séparation, je ne saurais entrer dans plus de détails sur des faits particuliers qui abondent dans les ouvrages spéciaux. Je crois avoir atteint ici l'extrême limite du droit naturel, montré qu'il nous régit encore dans l'ordre interne, comme dans l'ordre externe, qu'il serait prématuré de le considérer comme chose bénigne et théorie désuète, et que si nous

---

croit sincèrement ne pouvoir s'en dispenser. Eriger en principe absolu l'obligation de faire quartier serait une faute, car, ainsi que l'a dit M. Renault, « tout en étant préoccupé des exigences de l'humanité, il ne faut pas oublier les nécessités de la guerre ; il convient d'éviter des prescriptions inspirées sans doute par des sentiments généreux, mais exposées à être méconnues par les belligérants dont elles entraveraient l'action. L'humanité ne gagne pas beaucoup par l'adoption d'une règle qui doit rester à l'état de lettre morte, et la notion des engagements pris s'en affaiblit. Il est donc indispensable de n'imposer que des obligations qui peuvent être respectées en toutes circonstances, et de laisser aux combattants la latitude dont ils ont besoin ». (*Actes de la Conférence de La Haye* : Annexe au procès-verbal de la séance du 20 Juin 1899, III<sup>me</sup> partie, p. 19).

Les anciens auteurs n'y mettaient point tant de formes, et M. de Félice écrivait tout simplement dans ses *Leçons de droit de la nature et des gens* (25<sup>me</sup> leçon) : « Il faut à-peu-près raisonner de la même manière sur les prisonniers de guerre ; on ne saurait pour l'ordinaire les faire mourir sans se rendre coupable de cruauté. Je dis pour l'ordinaire : car il peut se rencontrer des cas de nécessité si pressants, que le soin de notre propre conservation nous oblige à nous porter à des extrémités qui, hors de ces circonstances, seraient tout-à-fait criminelles. » Ceci était écrit en 1817 ; je suis loin de prétendre qu'il faille approuver ces doctrines, mais on ne saurait méconnaître leur importance historique.

pouvons réduire son domaine dans le droit interne et dans le droit externe en développant le droit positif, ce qui serait une excellente formule du progrès juridique, nous ne pouvons pas l'abolir. Surtout, je voudrais avoir montré que la séparation des ordres de lois n'est pas toujours évidemment facile, et que c'est une idée de grande importance juridique et historique : comment convient-il d'en faire l'application à l'histoire ?

## CHAPITRE VIII

---

### Comment appliquer la théorie des différents ordres de lois à l'Histoire?

« An officer, as such, has no idea of divided power. »

TIMES, July, 5. 1821.

Ayant déterminé les différents ordres de lois, saurai-je les distinguer, ne point mettre de confusion dans les règles qui doivent gouverner les hommes, et apprécier leurs actes suivant les règles du droit auquel ils appartiennent ? Il semble que le principe connu, l'application doive en être facile : rien n'est moins sûr.

D'abord cette méthode est-elle et peut-elle être d'application générale ? Je ne le crois pas. Si tous les souverains et tous les gouvernants étaient de ces esprits lucides, merveilleusement clairs et subtils, qui d'instinct cherchent et discernent les principes, alors la méthode générale pourrait s'appliquer. Mais cette sublimité de la raison humaine est rare, même chez les hommes d'Etat. Combien d'actes discutés par l'histoire n'ont point été pesés aux balances de la raison par le chef qui les ordonna, soit que faute d'esprit de discernement, le départ des principes n'ait point été nettement établi, soit que par un entraînement invincible de passions ou d'idées préconçues, la masse énorme des préjugés précipitée dans un plateau de la balance en ait faussé la pesée. Un ordre arraché au souverain par erreur, un acte d'affolement de la foule, ne peuvent être jugés de la même manière stricte et absolue qu'une décision mûrement réfléchie, lentement voulue, et volontairement prise

suivant les principes d'un ordre de lois ; cette dernière mesure seule me paraît pleinement justiciable de la méthode rigoureuse d'appréciation : il faut au juge d'histoire indulgence pour les autres, et que son verdict soit pitoyable.

Par contre, autant il me paraîtrait injuste d'appliquer aux actes d'un roi falot et débonnaire les rigueurs d'une méthode inflexible, autant il me semblerait naïf que le juge ne fît point l'application stricte des principes au souverain qui les a connus, discernés, médités, volontairement appliqués d'une façon ferme ou subtile, s'en servant pour déterminer ses propres actes et les juger ensuite, pour diriger sa conduite aussi bien que pour dissimuler ses vues en donnant le change à ses adversaires sur la véritable nature et la profondeur de ses desseins.

Bien plus, je crois que toute autre méthode serait défectueuse pour apprécier ses actes. Si un magistrat prononce un jugement en vertu des articles du code civil, je ne saurais lui reprocher de n'avoir point appliqué les règles du code pénal. De même si un souverain, avant que de statuer, a soigneusement déterminé qu'il va statuer sur une matière de l'ordre politique, par exemple, je ne saurais lui reprocher de n'avoir point appliqué les règles du droit civil. Mon rôle sera de chercher si la matière relève bien du droit politique, et si les règles du droit politique ont été observées. Mais la pire erreur historique serait de placer dans l'ordre civil un acte qui fût régulièrement situé dans l'ordre politique, tout comme la pire erreur juridique serait de lui reprocher de n'avoir point suivi les formes du droit civil quand les formes du droit politique s'appliquaient seules, car, dans l'un et l'autre cas, je commettrais une confusion des ordres de lois. Les actes d'un tel souverain ne peuvent être sainement jugés que par une minutieuse application des règles les plus strictes de l'histoire et du droit, car le juriste, s'il est trompé par l'histoire, errera quant à la compétence des ordres de lois, et l'historien, s'il n'est point éclairé par le droit, ne saurait décider si les principes de l'un ou l'autre

des ordres de lois ont été régulièrement observés. Si bien que toute la question se ramène à savoir si le souverain a agi, dans l'espèce, au hasard, auquel cas son acte ne peut être apprécié juridiquement; ou bien s'il a au contraire, consciemment distingué les ordres de lois, auquel cas il faut apprécier ses actes suivant la même distinction.

Je ne sais s'il est beaucoup d'hommes d'Etat dont les décisions pourraient supporter un examen aussi sévère, et mon expérience n'est point assez étendue pour que j'en ose décider. Par contre, ce que je crois, c'est que les actes les plus litigieux de l'époque napoléonienne, procès pendants devant l'histoire, doivent être jugés par l'histoire suivant toute la rigueur des principes, parce que Napoléon pratiquait constamment la distinction des différents ordres de lois. De tous les souverains, il est le seul dont nous possédions à la fois les actes officiels et la correspondance qui précise leurs causes. Je ne prétends point que la Correspondance soit le miroir de toute vérité; ce que je prétends, parce que chacun peut le vérifier, c'est qu'elle montre le souci constant de la distinction des ordres de lois dans les cogitations qui précèdent les actes officiels, et que cela m'impose l'obligation de juger ces actes mêmes en tenant soigneusement compte de cette distinction. C'est ce que l'histoire n'a point fait que je sache, depuis cent ans, peut-être parce que la Correspondance longtemps négligée ne fut étudiée qu'au point de vue militaire ou anecdotique. C'est ce que les juristes n'ont guère fait non plus, peut-être parce qu'ils furent trop souvent trompés par les documents sophistiqués de l'histoire, et peut-être aussi parce qu'ils ne pouvaient avoir aucun souci de chercher le droit là où l'histoire ne leur montrait, à tort, que l'arbitraire ou la négation de tout droit.

Maintenant, comment Napoléon en est-il arrivé lui-même à cette rectitude de raisonnement juridique qui paraît lui donner rang éminent parmi les hommes d'Etat, c'est plus que je

ne saurais dire. Il se peut qu'il y arriva par une simple application de son pénétrant esprit d'analyse et de logique (1). Il se peut aussi qu'il y parvint à la suite des études de droit qu'il entreprit sans professeur, non point sans maître, et qu'il poursuivit toute sa vie. Il me semble bien probable que cette idée de la distinction des différents ordres de lois lui vint directement de la lecture de l'Esprit des Lois, compagnon assidu de ses veilles et de ses voyages, et que la phrase sur *la sublimité de la raison humaine* dut frapper de bonne heure un grand esprit ouvert à toute grandeur.

Que l'Esprit des Lois lui fût familier dès le début de sa carrière, cela ne saurait être mis en doute, et les témoignages en abondent. Un jour, au Conseil d'Etat, le 27 Pluviôse an XI (16 Février 1803), on discutait sur les principes du code civil et la matière des substitutions. Réal s'opposait aux substitutions en droit civil : « L'on peut croire Montesquieu, disait-il ; il ne les trouve utiles que dans une monarchie... elles sont inutiles et sans but dans les pays où l'égalité est établie. » Ainsi, la discussion allait s'égarer et se perdre, lorsque Bonaparte la ressaisit et la ramena au vrai principe, celui de Montesquieu et de la séparation des ordres de lois : « Montesquieu, répondit-il aussitôt, Montesquieu considère les substitutions dans leurs rapports avec le *droit politique* ; mais dans cette discussion, c'est d'après la *justice civile* qu'il convient de les apprécier. » Si l'on vérifie les textes de l'Esprit des Lois sur les substitutions dans l'ordre politique, en particulier au Livre V, chapitres 8 et 9, on reconnaîtra que l'observation de Bonaparte était parfaitement juste, qu'il pratiquait la distinction des ordres de lois dans des cas où les

---

1. — Cf. *Mémoires de Mme de Rémusat*, I, p. 103 : « Les habitudes géométriques de son esprit l'ont toujours porté à analyser jusqu'à ses émotions. Bonaparte est l'homme qui a le plus médité sur les *pourquoi* qui régissent les actions humaines. »

Conseillers d'Etat la négligeaient, et que la promptitude et l'exactitude de son observation impliquent plus qu'un commerce d'occasion avec l'Esprit des Loïs (1).

Dans une autre circonstance, les Mémoires nous disent que l'Empereur *avait coutume* de considérer certaine affaire sous deux rapports distincts : celui du droit commun et celui du droit naturel. C'est donc qu'il estimait qu'elle avait pu donner lieu à quelque discussion de compétence entre le droit naturel et le droit civil commun, et que sur cette affaire, restée une des plus mystérieuses de son histoire, il avait projeté la lumière des principes. Enfin, un jour, ayant écrit lui-même, il conclut : On m'a fait dire que les lois de la France étaient positives...; je dis, moi, que cette affaire doit être appréciée d'après la loi naturelle. Si donc l'historien veut à son tour juger cette affaire du point de vue où Napoléon s'était placé, il devra sans aucun doute l'apprécier d'après les principes du droit naturel; et cela lui sera d'autant plus facile qu'éclairé d'un mot sur l'ordre

1. — La substitution vulgaire et la substitution pupillaire ne figurent qu'incidemment dans l'*Esprit des Loïs* au Livre XIX, chap. 24, et le chap. 16 de ce même livre a pour titre : *Comment quelques législateurs ont confondu les principes qui gouvernent les hommes*. Il est d'ailleurs assez notable que Montesquieu, méprisé pendant la Révolution, soit devenu l'inspireur des légistes du Consulat. « Un certain soir, rapporte Mme de Rémusat, Bonaparte parlant du talent de M. Portalis le père, qui travaillait alors au Code civil, M. de Rémusat dit que c'était particulièrement l'étude de Montesquieu qui avait formé M. Portalis, qu'il l'avait lu et appris comme on apprend un catéchisme ». Si l'anecdote est exactement rapportée, il faut regretter que M. de Rémusat n'ait pas appliqué la même observation à Bonaparte : elle serait aussi exacte et elle aurait évité cette fatale erreur que l'on prit Bonaparte pour un ignorant impulsif. En réalité, lui aussi savait l'*Esprit des Loïs* « comme un catéchisme », et l'on ne peut guère comprendre et expliquer ses actes que par sa science des principes du droit.

de lois compétent, il reconnaîtra bientôt que l'idée d'une condamnation d'après le droit civil commun n'est qu'une hypothèse sans fondement, ne reposant que sur un acte fictif. Alors les hésitations de Napoléon, ses différentes interprétations devant des Français ou devant des étrangers lui deviendront claires, et cette affaire, forcément restée mystérieuse pendant cent ans, lui deviendra lucide, parce qu'il ne s'obstinera plus à juger un acte du droit naturel d'après les principes du droit pénal, et qu'il aura réalisé cette distinction des ordres de lois que pratiquait Napoléon.

Bien plus, l'esprit attiré sur cette méthode juridique constante, l'historien observera bien vite que Napoléon la portait au-delà des matières de pure juridiction, dans les affaires administratives : « Je vois avec peine l'esprit financier qui domine au Conseil, écrivait-il à Cambacérès... Les affaires de finances se jugent par des considérations de finances, les délits politiques par le code politique, les affaires de commerce par des considérations de commerce. Or, c'est ici la considération de commerce, dont l'influence est immense sur les manufactures de France, qui doit décider la question si les neutres doivent être contraints à réexporter des marchandises de notre crû, lorsqu'ils importent leurs marchandises en France. Le Conseil juge cette question par des considérations de finances. J'aimerais autant que le tribunal criminel de Paris appliquât à un délit criminel un article du code civil. Je me plains qu'on n'approfondit rien au Conseil. Les discussions sont trop lestes » (1).

Appelé à discuter les actes de cette chose immense et complexe que l'on appelle le système continental, l'historien devra donc songer à distinguer dans cette affaire ce qui est

---

1. — Lettres 12296 et 12297 de la Correspondance, à Cambacérès, de Finkenstein, le 5 Avril 1807.

politique, de ce qui est commerce, et de ce qui est finances, afin de ne point juger, comme on le fait depuis cent ans, des questions de politique par des considérations de commerce, ou des questions de commerce par des considérations de finances : cela n'est pas plus sage, disait Napoléon, que de juger un délit criminel ou un acte de politique par les articles du code civil. On sent bien que tel n'est point mon dessein présent, mais que dans cette étude limitée à des faits strictement juridiques, je suis contraint à la méthode rigoureuse de la distinction des différents ordres de lois. L'affaire du duc d'Enghien a déjà prouvé que Napoléon faisait la distinction très nette entre le droit pénal, le droit de la guerre et le droit naturel, et que seule cette distinction des droits pouvait élucider les faits. Je me suis demandé si l'affaire, également litigieuse devant l'histoire, que l'on appelle « le Divorce impérial », ne mettrait pas également en conflit deux ordres de lois, le civil et le politique, si l'histoire ne les aurait pas généralement confondus alors que Napoléon les a séparés, et si de cette confusion des droits ne résulterait point l'obscurité de nos jugements.

Napoléon faisait-il cette distinction du droit politique et du droit civil ? A coup sûr, et de façon constante. Nous l'avons trouvée, en 1803, dans la discussion du Conseil d'Etat relative aux substitutions. La voici faite en 1809, l'année même du divorce, dans une lettre au roi de Wurtemberg :

Braunau, 1er Mai 1809.

« Je reçois la lettre de Votre Majesté du 28 Avril. Les princes de Hohenlohe, de Stadion, etc... doivent être jugés plus d'après le code politique que d'après le code civil... Je pense donc que Votre Majesté, sans entrer dans des formes civiles, doit déposséder les Hohenlohe... Votre Majesté aura bientôt communication d'un décret qui a pour objet, comme

mesure de haute politique, de séquestrer les princes et les comtes qui ne se sont pas conformés à l'acte de la Confédération. En France, les Français qui portent les armes contre moi ne sont que du ressort de la justice criminelle ; mais mon opinion est qu'il est plus dans la nature des choses que tout ce qui était prince ou immédiat soit jugé par le droit politique » (1).

La distinction est nette, voulue, pesée ; les mots sont pris dans le sens même de Montesquieu, et l'on observe bien ce souci constant de distinguer la nature des choses avant que de préciser l'ordre des lois qui statue. Du reste, l'on trouvera tous les éclaircissements désirables sur cette affaire dans une lettre subséquente du 20 Juillet 1810 adressée à M. de Champagny, véritable consultation juridique d'une lucidité merveilleuse, où la distinction du droit civil et du droit politique se trouve reprise et expliquée pour arriver à cette conclusion dont l'importance n'échappera point : *« En général, partez du principe que, dans un Etat bien réglé,*

---

1. — LECESTRE, T. I, n° 443. Voici un bref commentaire de cette affaire, donné par la lettre 16690 de la Correspondance : « J'ai confisqué dans la dernière guerre (1809) tous les biens de la noblesse immédiate situés dans le territoire de la Confédération, dont les propriétaires portaient les armes contre la Confédération ; mais il est essentiel de remarquer que je n'ai pas confisqué les biens d'un habitant de Linz, d'un habitant de Vienne, d'un habitant d'Egra, qui aurait eu des propriétés en Bavière ou en Saxe ; que je n'ai pas confisqué les biens qui n'étaient que patrimoniaux ; que je n'ai pas confisqué les biens qui ne donnaient pas de droits politiques ; ceux-là ont été mis seulement sous le séquestre, et doivent être rendus... Cela est de droit commun... Mais viennent les anciens princes et comtes de l'Empire dont la souveraineté a été détruite : c'est une question politique et neuve, etc... Voilà ce qu'ordonne le droit politique. »

*on doit décider par le droit politique ce qui est politique, comme par le droit civil ce qui est civil » (1).*

Mais d'où vient que cette formule m'est familière comme une chose déjà lue ? J'ouvre l'Esprit des Lois, et je trouve en ce Livre XXVI dédaigné par M. de Tracy :

CHAPITRE XV : *Qu'il ne faut point régler par les principes du droit politique les choses qui dépendent du droit civil.*

CHAPITRE XVI : *Qu'il ne faut point décider par les règles du droit civil, quand il s'agit de décider par celles du droit politique.*

Ainsi non seulement le maître inspire les idées, mais encore le disciple, citant naturellement et sans effort le texte même de l'Esprit des Lois, régente Champagny et règle l'Allemagne au nom de Montesquieu. Lors donc que je trouverai dans les pièces du « divorce » ces termes de *droit politique* et de *droit civil*, je saurai que Napoléon leur attachait un sens précis, qui était celui de Montesquieu, qu'il en distinguait les principes, et qu'il ne faut point juger un acte de l'ordre politique d'après les règles du droit civil.

---

1.—*Correspondance*. 16690, à M. de Champagny, duc de Cadore, Ministre des Relations Extérieures, 20 Juillet 1810. On voit combien est fausse cette idée que Bonaparte, « comme officier », ne pouvait avoir aucune idée de la séparation des pouvoirs ; de tels commentaires révèlent une regrettable ignorance des réalités et expliquent la multitude des jugements erronés de l'histoire sur les actes de cette période.

LA DISSOLUTION DU MARIAGE

DE L'EMPEREUR NAPOLÉON

ET DE

L'IMPÉRATRICE JOSÉPHINE

---

Il ne faut pas croire de léger.

VOLTAIRE



## CHAPITRE PREMIER

---

### Divorce ou dissolution du mariage ? Les textes officiels.

Au lieu de prononcer le divorce entre les deux époux impériaux, le Sénat a employé une expression vague et indécise, en disant : le mariage est dissous,

COLMET DE SANTERRE (1).

L'acte que l'histoire appelle vulgairement le « Divorce » est celui que les textes officiels appellent constamment la « Dissolution du mariage » de l'Empereur Napoléon et de l'Impératrice Joséphine : j'estime que cette différence de qualification est importante.

Cet acte a été étudié au point de vue historique par M. Frédéric Masson (2), au point de vue canonique par M. H. Welschinger (3), et au point de vue du droit civil par M. Colmet de Santerre : je voudrais l'examiner au point de vue du droit politique.

L'étude de M. Colmet de Santerre a fait l'objet d'une conférence prononcée à l'Académie des Sciences morales et politiques, le 5 Mai 1894. Cette conférence a été publiée en une brochure : *Le Divorce de l'Empereur et le Code Napoléon*. Le titre est très précis. Il indique bien que l'auteur

---

1.—*Le Divorce de l'Empereur et le Code Napoléon*, p. 9. A. PICARD 1894.

2.—F. MASSON, *Joséphine répudiée*. Le Chapitre 2 sur l'Accomplissement du divorce est particulièrement important.

3.—H. WELSCHINGER, *Le divorce de Napoléon*, Plon. 1889.

a examiné les faits du « divorce » de l'Empereur et les a comparés avec les règles du code civil. Il a observé qu'aucun des faits n'était conforme aux règles du code. Il en a conclu que le divorce était illégal, irrégulier au point de vue du Code Napoléon. C'est la conclusion habituelle de l'histoire, et je l'adopte. Je tiens à le dire très nettement, non-seulement par un sentiment de déférence que tout m'impose, mais parce que cela est vrai, parce que la procédure adoptée ne fut en rien celle de l'ordre civil, et parce que cela me donne ensuite toute liberté pour étudier l'affaire dans l'ordre politique.

Un exemple précisera ma pensée. Tuer un homme est généralement un crime au point de vue du *droit civil*. Tuer un homme est généralement recommandé à la guerre, au point de vue du *droit des gens*. Le même acte peut donc être apprécié de deux façons différentes, suivant qu'on lui doit appliquer les règles de l'un ou de l'autre droit. De la même manière, l'acte qui a mis fin au mariage de l'Empereur Napoléon et de l'Impératrice Joséphine peut être considéré sous deux points de vue, et se trouver illégal au point de vue du droit civil, ce que j'accorde pleinement, tout en étant peut-être légal et régulier au point de vue du droit politique, ce que je voudrais examiner. On voit donc qu'il n'y a pour ainsi dire aucun conflit possible entre les idées que je pourrais exprimer et celles qu'a soutenues M. Colmet de Santerre : elles ne s'appliquent pas au même sujet ; elles ne s'expriment pas dans la même langue juridique ; elles ne peuvent pas se heurter, parce qu'elles ne sont pas dans le même plan. J'étudierai donc la dissolution du mariage, non le divorce.

Cette question de mots n'est pas une querelle de mots. C'est une question de qualification. Elle a une très grande importance juridique, parce qu'elle emporte le fond et la compétence d'un ordre de lois ou d'un autre. Ainsi, dans

le cas où l'acte de tuer un homme est qualifié « meurtre », il doit être apprécié d'après les règles du droit pénal. S'il est qualifié « acte de guerre », il faudra l'apprécier d'après les règles de la guerre. De même, si un acte est qualifié « divorce », il convient de l'apprécier d'après les règles du droit civil (1). S'il était qualifié « répudiation », par exemple, il y aurait lieu peut-être de lui appliquer les règles du droit politique ou du droit canonique (2). Or, nous avons un acte qui est qualifié « dissolution du mariage ». Les jurisconsultes reconnaissent que c'est la qualification officielle. Mais, disent-ils, c'est une qualification vague et imprécise, et ils n'hésitent pas à lui substituer la qualification précise : divorce. Je suis fondé à me demander pourquoi, et de quel droit, ils ont substitué une qualification à une autre. S'ils ont eu des raisons de textes ou de faits, ils ne les ont point données : cela m'oblige à les chercher. Où faudra-t-il donc les chercher, et sur quels textes se fonder ? Je crois qu'en matière juridique, il faut discuter sur pièces juridiques. Nous avons les pièces de l'instance : examinons-les donc soigneusement, en cherchant si les historiens eurent une raison de texte pour substituer le mot précis *divorce* qui implique droit civil, au mot vague *dissolution du mariage*.

- 
1. — Cf. articles 234 et 281 du Code civil et l'article 21 du projet : « Quelle que soit la cause des faits ou délits imputés par le demandeur à l'autre époux, le divorce ne peut être poursuivi que par la voie civile. » *Discours de Portalis, Op. cit.*, p. 260.
  2. — C'est précisément le mot adopté par M. F. Masson, dans son Étude sur *Joséphine répudiée*. Voir dans l'*Esprit des Lois*, Livre XVI, chapitres 15 et 16, la comparaison du divorce et de la répudiation.

M. MASSON ayant adopté le terme « répudiation » s'est trouvé amené à étudier la répudiation au point de vue du droit politique.

On observera facilement que le mot divorce ne se trouve point dans les textes et qu'il y est question bien plus de politique et de raison d'Etat, que de ces récriminations personnelles et individuelles qui préludent à un divorce civil; cependant, il faut vérifier et se faire une opinion sûre. D'ailleurs, les mémorialistes ayant déformé même les faits, il ne sera pas inutile de prendre connaissance exacte du dossier. Approuver ou blâmer un acte est chose très secondaire, si l'on ne sait exactement ce qu'il est : « Chacun tire bien ou mal, d'un principe reçu, les conséquences les plus favorables à son parti, disait Voltaire. Mais ce principe est-il vrai ? ce premier fait sur lequel ils s'appuient est-il incontestable ? c'est ce qu'ils se donnent bien de garde d'examiner. Ils ressemblent à nos anciens romanciers qui supposaient tous que *Francus* avait apporté en France le casque d'*Hector*. Ce casque était impénétrable sans doute, mais *Hec'tor* en effet l'avait-il porté ? » (1).

En histoire, comme en droit, il n'est jamais inutile de revenir aux textes. Voici donc la série des pièces officielles qui servent de base à cette étude, telles qu'elles furent données par Lallement en 1822, dans son *Choix de rapports, opinions et discours*. (2).

SENAT.— *Séance extraordinaire du 16 Décembre 1809*, présidée par le prince archichancelier (Cambacérès).

#### *Discours du Prince Eugène*

» Princes, sénateurs, depuis que les bontés de S.M. l'empereur et roi m'ont appelé à compter parmi vous, des témoignages de sa confiance m'ont tenu continuellement éloigné de Paris, et c'est la

---

1. — *Dictionnaire philosophique*. — Donations.

2. — T. XX, p. 166-173.

première fois aujourd'hui que j'ai le bonheur de paraître dans votre sein.

» Je suis heureux de pouvoir vous dire qu'au milieu des bienfaits dont S. M. n'a cessé de me combler, j'ai été particulièrement sensible à l'honneur qui m'était accordé de faire partie du premier corps de l'Empire.

» Agréez, sénateurs, l'expression de mes sentiments et l'assurance du bonheur que j'éprouve à prononcer au milieu de vous ce serment qui est pour moi celui du devoir, de l'amour et de la reconnaissance.

» Je jure obéissance aux Constitutions de l'Empire, et fidélité à l'empereur. »

*Réponse du président au vice-roi*

» Prince, lorsque S. M. l'empereur et roi vous conféra la haute dignité dont vous venez exercer l'une des plus essentielles prérogatives, le Sénat applaudit à cet acte de justice. Il se félicita de compter parmi ses membres un prince dont les qualités brillantes donnaient de si justes espérances : aujourd'hui, que ces espérances sont réalisées par la gloire de vos dernières campagnes et par la sagesse de votre administration, le Sénat éprouve une grande satisfaction de vous voir dans son sein concourir à la délibération importante qu'il va prendre. Vous vous montrez vraiment le fils adoptif du héros qui nous gouverne, en faisant comme lui taire les affections privées devant les intérêts des peuples.

» Vos premiers pas dans cette enceinte ne pouvaient être signalés plus dignement que par ce grand témoignage de patriotisme, de dévouement et de fidélité.

» Je me félicite d'être auprès de votre Altesse Impériale l'interprète des sentiments du Sénat, et de vous exprimer les vœux qu'il forme pour votre prospérité. »

(On annonce des orateurs du Conseil d'Etat : lorsqu'ils sont introduits, le président reprend en ces termes) :

» Messieurs, le projet qui sera soumis dans cette séance à la délibération du Sénat contient une disposition qui embrasse nos plus chers intérêts.

» Elle est dictée par cette voix impérieuse qui avertit les souverains et les peuples que pour assurer le salut des Etats, il faut écouter les conseils d'une sage prévoyance, rappeler sans cesse le passé, examiner le présent, et porter ses regards sur l'avenir.

» C'est devant ces hautes considérations que, dans cette circonstance à jamais mémorable, S. M. l'empereur a fait disparaître toutes considérations personnelles, et réduit au silence toutes ses affections privées.

» La noble et touchante adhésion de S. M. l'impératrice est un témoignage glorieux de son affection désintéressée pour l'empereur, et lui assure des droits éternels à la reconnaissance de la nation. »

M. le comte *Regnault (de Saint-Jean-d'Angely)* obtient ensuite la parole pour soumettre à l'Assemblée un projet de senatus-consulte ainsi conçu :

» Le SENAT CONSERVATEUR, réuni au nombre de membres prescrit par l'article 90 de l'Acte des Constitutions en date du 13 Décembre 1799 ;

» Vu l'acte dressé le 15 du présent mois par le prince archichancelier de l'Empire, et dont la teneur suit :

« L'an 1809, le quinzième jour du mois de Décembre, à neuf heures du soir, nous, Jean-Jacques-Régis Cambacérès, prince archichancelier de l'Empire, duc de Parme, exerçant les fonctions qui nous sont attribuées par le Titre II, article 14 du Statut de la famille impériale, et en vertu des ordres qui ont été adressés par S.M. l'empereur et roi dans sa lettre close en date de ce jour, dont la teneur suit :

» *Mon cousin, notre intention est que vous vous rendiez aujourd'hui, 15 Décembre, à neuf heures du soir, dans notre grand cabinet du palais des Tuileries, assisté du secrétaire de l'état-civil de notre famille impériale, pour y recevoir de notre part et de celle de l'impératrice, notre chère épouse, une communication de grande importance. A cet effet nous avons ordonné que la présente lettre close vous soit expédiée. Sur ce nous prions Dieu qu'il vous ait,*

*mon cousin, en sa sainte et digne garde. A Paris, le 15 Décembre 1809.*

» Nous nous sommes rendu dans la salle du trône, au palais des Tuileries, assisté de Michel-Louis-Etienne Regnault (de Saint-Jean-d'Angely), comte de l'Empire, ministre d'Etat, secrétaire de l'état de la famille impériale.

» Un quart d'heure après, nous avons été introduits dans le grand cabinet de l'Empereur, où nous avons trouvé S. M. l'empereur et roi avec S. M. l'impératrice, et accompagné de LL. MM. les rois de Hollande, de Westphalie et de Naples, de S. A. I. le prince vice-roi, des reines d'Espagne, de Hollande, de Westphalie et de Naples, de Madame, et de S. A. I. la princesse Pauline.

» S. M. l'empereur et roi a daigné nous adresser la parole en ces termes ;

*» Mon cousin le prince archichancelier, je vous ai expédié une lettre close en date de ce jour, pour vous ordonner de vous rendre dans mon cabinet, afin de vous faire connaître la résolution que moi et l'impératrice ma très chère épouse nous avons prise. J'ai été bien aise que les rois, reines et princesses, mes frères et sœurs, beaux-frères et belles-sœurs, ma belle-fille et mon beau-fils, devenu mon fils d'adoption, ainsi que ma mère, fussent présens à ce que j'avais à vous faire connaître.*

*» La politique de ma monarchie, l'intérêt et le besoin de mes peuples, qui ont constamment guidé toutes mes actions, veulent qu'après moi je laisse à des enfans héritiers de mon amour pour mes peuples ce trône où la Providence m'a placé. Cependant depuis plusieurs années j'ai perdu l'espérance d'avoir des enfans de mon mariage avec ma bien-aimée épouse l'impératrice Joséphine ; c'est ce qui me porte à sacrifier les plus douces affections de mon cœur, à n'écouter que le bien de l'Etat, et à vouloir la dissolution de notre mariage.*

*» Parvenu à l'âge de quarante ans, je puis concevoir l'espérance de vivre assez pour élever dans mon esprit et dans ma pensée les enfans qu'il plaira à la Providence de me donner. Dieu sait combien une pareille résolution a coûté à mon cœur ! Mais il n'est aucun sacrifice qui soit au-dessus de mon courage, lorsqu'il m'est démontré qu'il est utile au bien de la France,*

» *J'ai le besoin d'ajouter que, loin d'avoir jamais eu à me plaindre, je n'ai au contraire qu'à me louer de l'attachement et de la tendresse de ma bien-aimée épouse : elle a embelli quinze ans de ma vie : le souvenir en restera toujours gravé dans mon cœur. Elle a été couronnée de ma main, je veux qu'elle conserve le rang et le titre d'impératrice : mais surtout qu'elle ne doute jamais de mes sentimens, et qu'elle me tienne toujours pour son meilleur et son plus cher ami.*

» S.M. l'empereur et roi ayant cessé de parler, S.M. l'impératrice-reine a pris la parole en ces termes :

» *Avec la permission de notre auguste et cher époux, je dois déclarer que, ne conservant aucun espoir d'avoir des enfans qui puissent satisfaire les besoins de sa politique et l'intérêt de la France, je me plais à lui donner la plus grande preuve d'attachement et de dévouement qui ait jamais été donnée sur la terre. Je tiens tout de ses bontés ; c'est sa main qui m'a couronnée, et du haut de ce trône je n'ai reçu que des témoignages d'affection et d'amour du peuple français.*

*Je crois reconnaître tous ces sentimens en consentant à la dissolution d'un mariage qui désormais est un obstacle au bien de la France, qui la prive du bonheur d'être un jour gouvernée par les descendans d'un grand homme si évidemment suscité par la Providence pour effacer les maux d'une terrible révolution, et rétablir l'autel, le trône et l'ordre social. Mais la dissolution de mon mariage ne changera rien aux sentimens de mon cœur ; l'empereur aura toujours en moi sa meilleure amie. Je sais combien cet acte, commandé par la politique et par de si grands intérêts, a froissé, son cœur ; mais l'un et l'autre, nous sommes glorieux du sacrifice que nous faisons au bien de la patrie.*

« Sur quoi LL. MM. impériales et royales nous ayant demandé acte de leurs déclarations respectives, ainsi que du consentement mutuel qu'elles contiennent, et que LL. MM. donnent à la dissolution de leur mariage, comme aussi du pouvoir que LL. MM. nous confèrent de suivre, partout où besoin serait et près de qui il appartiendrait, l'effet de leur volonté, nous, prince archichancelier de

l'Empire, déférant aux ordres et réquisitions de LL. MM. avons donné le susdit acte, et dressé en conséquence le présent procès-verbal, pour servir et valoir ainsi que de droit ; auquel procès-verbal LL. MM. ont apposé leurs signatures, et qui, après avoir été signé par les rois, reines, princesses et princes présents, a été signé par nous et contresigné par le secrétaire de l'état de la famille impériale, qui l'a écrit de sa main.

« Fait au palais des Tuileries, les jour, heure et an que dessus. signé NAPOLEON, — Joséphine, — Madame, — Louis, — Jérôme Napoléon, — Joachim Napoléon, — Eugène Napoléon, — Julie, — Hortense, — Catherine, — Pauline, — Caroline, — Cambacérès, — Regnault (de Saint-Jean-d'Angély).

« Vu le projet de senatus consulte, rédigé en la forme prescrite par l'article 57 de l'Acte des Constitutions du 4 Août 1802 ;

« Après avoir entendu, sur les motifs du dit projet, les orateurs du Conseil d'Etat et le rapporteur de sa commission spéciale, nommée dans la séance de ce jour ;

« L'adoption ayant été délibérée au nombre de voix prescrit par l'article 56 des Constitutions du 4 Août 1802, décrète :

« Art. 1<sup>er</sup>. Le mariage contracté entre l'empereur Napoléon et l'impératrice Joséphine est dissous.

2. L'impératrice Joséphine conservera les titre et rang d'impératrice-reine couronnée.

3. Son douaire est fixé à une rente annuelle de deux millions de francs sur le trésor de l'Etat.

4. Toutes les dispositions qui pourront être faites par l'empereur en faveur de l'impératrice Joséphine, sur les fonds de la liste civile, seront obligatoires pour ses successeurs.

5. Le présent sénatus-consulte sera transmis par un message à Sa Majesté impériale et royale (1). »

Lecture faite de ce projet, M. le comte Regnault (de Saint-Jean d'Angely) ajoute :

---

1. — Cet article 5 est donné par DUVERGIER, *Collection des lois*, XVI, p. 491.

« Monseigneur, sénateurs, l'acte solennel rapporté en entier dans le senatus-consulte que vous venez d'entendre en contient seul tous les motifs.

« Que pourrions-nous ajouter ! Quelles paroles pourrions-nous adresser au Sénat français qui ne fussent bien au-dessous des paroles touchantes recueillies de la bouche des deux augustes époux dont votre délibération va consacrer les généreuses résolutions !

« Leurs cœurs se sont entendus pour faire au plus grand des intérêts le plus noble des sacrifices : ils se sont entendus pour faire parler à la politique et au sentiment le langage le plus vrai, le plus persuasif, le plus fait pour convaincre et pour émouvoir.

« Comme souverains et comme époux, l'empereur et l'impératrice ont tout fait, ils ont tout dit.

« Il ne nous reste qu'à les aimer, les bénir, les admirer.

« C'est désormais au peuple français à se faire entendre. Sa mémoire est fidèle comme son cœur ; il unira dans sa pensée reconnaissante les espérances de l'avenir et les souvenirs du passé, et jamais monarques n'auront recueilli plus de respect, d'admiration, de gratitude et d'amour que Napoléon immolant la plus sainte de ses affections au besoin de ses sujets, que Joséphine immolant sa tendresse pour le meilleur des époux, par dévouement pour le meilleur des rois, par attachement pour le meilleur des peuples.

« Acceptez, messieurs, au nom de la France attendrie, aux yeux de l'Europe étonnée, ce sacrifice, *le plus grand qui ait été fait sur la terre* : et pleins de la profonde émotion que vous éprouvez, hâtez-vous de porter au pied du trône dans les tributs de vos sentimens, des sentimens de tous les Français, le seul prix qui soit digne du courage de nos souverains, la seule consolation qui soit digne de leurs cœurs ! »

#### *Discours du prince Eugène*

« Princes, sénateurs, vous venez d'entendre la lecture du projet de senatus-consulte soumis à votre délibération. Je crois devoir dans cette circonstance manifester les sentimens dont ma famille est animée.

« Ma mère, ma sœur et moi nous devons tout à l'empereur ; il a été pour nous un véritable père : il trouvera en nous dans tous les temps, des enfans dévoués et des sujets soumis.

« Il importe au bonheur de la France que le fondateur de cette quatrième dynastie vieillisse environné d'une descendance directe qui soit notre garantie à tous, comme le gage de la gloire de la patrie.

« Lorsque ma mère fut couronnée devant toute la nation par les mains de son auguste époux, elle contracta l'obligation de sacrifier toutes ses affections aux intérêts de la France : elle a rempli avec courage, noblesse et dignité ce premier des devoirs. Son âme a été souvent attendrie en voyant en butte à de pénibles combats le cœur d'un homme accoutumé à maîtriser la fortune, et à marcher toujours d'un pas ferme à l'accomplissement de ses grands desseins. Les larmes qu'a coûtées cette résolution à l'empereur suffisent à la gloire de ma mère. Dans la situation où elle va se trouver, elle ne sera pas étrangère, par ses vœux et par ses sentimens, aux nouvelles prospérités qui nous attendent, et ce sera avec une satisfaction mêlée d'orgueil qu'elle verra tout ce que ses sacrifices auront produit d'heureux pour sa patrie et pour son empereur.»

Sur la proposition de M. Garnier, président annuel du Sénat, le projet de senatus-consulte est renvoyé à une commission de neuf membres, chargée d'en faire son rapport *séance tenante* : les sénateurs qui la composent sont : MM. Garnier, Lacépède, Sémonville, Beurnonville, Chaptal, Laplace, le duc de Dantzick, le maréchal Serrurier, Monge. La séance suspendue pendant deux heures, est reprise ensuite pour entendre un membre de cette commission.

#### *Rapport fait par M. Lacépède*

« Monseigneur, sénateurs, vous avez renvoyé à votre commission spéciale le projet de senatus-consulte qui vous a été présenté par les orateurs du Conseil d'état.

« Vous avez entendu, sénateurs, la lecture de cet acte mémorable annexé au projet de senatus-consulte, et que l'histoire transmettra à la postérité comme un monument des affections les

plus touchantes, des sentimens les plus généreux et du dévouement le plus absolu au premier intérêt d'une monarchie héréditaire.

« Ces paroles mémorables, prononcées par le plus grand des souverains et par son auguste et bien-aimée épouse, retentiront longtemps dans tous les cœurs français.

« C'est aujourd'hui plus que jamais que l'empereur a prouvé qu'il ne veut régner que pour *servir ses sujets*, et que l'impératrice a mérité que la postérité associât son nom à celui de l'immortel Napoléon.

« Et telle est donc la condition de ceux que le trône n'élève au-dessus des autres hommes que pour leur imposer des obligations plus rigoureuses ! (1)

« Combien de princes qui, ne consultant que le bonheur de leurs peuples, ont dû renoncer aux liens qui leur étaient les plus chers !

« En ne portant même nos regards que sur les prédécesseurs de Napoléon, nous voyons treize rois que leur devoir de souverain a contraints à dissoudre les nœuds qui les unissaient à leurs épouses ; et, ce qui est bien digne de remarque, parmi ces treize princes, nous devons compter quatre des monarques français les plus admirés et les plus chéris, Charlemagne, Philippe-Auguste, Louis XII, et Henri IV.

« Ah ! que celui dont la gloire et le dévouement surpasse leur dévouement et leur gloire règne longtemps pour la prospérité de la France et de l'Europe !

« Que sa vie s'étende bien au-delà des *trente ans* qu'il a désirés pour la stabilité de son Empire ! Qu'il puisse voir autour de son trône des princes issus de son sang élevés *dans son esprit ainsi que dans sa pensée*, et dignes de leur auguste origine, garan-

---

1. — Cf. *Statut du 30 Mars 1806* : « ...et si cette raison d'Etat leur impose des obligations dont les simples citoyens sont affranchis, ils doivent les considérer comme une conséquence nécessaire de cette haute dignité à laquelle ils sont élevés, et qui les dévoue sans réserve aux grands intérêts de la patrie et à la gloire de notre maison. »

tir pour nos arrière-petits neveux la durée de tous les biens que lui devra notre patrie, et que l'image du bonheur des Français, que lui offriront le présent et l'avenir, soit la récompense de ses travaux et le prix de ses sacrifices !

« Votre commission, sénateurs, vous propose à l'unanimité, *premièrement*, d'adopter le projet de senatus-consulte qui vous a été présenté ; *secondement*, d'adopter aussi deux adresses que je vais avoir l'honneur de vous soumettre et dont votre bureau présenterait l'une à S.M. l'empereur et roi, et l'autre à S.M. l'impératrice et reine. »

Les propositions de la Commission furent adoptées par 76 oui, 7 non, et 4 bulletins blancs, sur 87 votants.

Il faut noter cette majorité de plus des deux tiers parce qu'elle aura une certaine importance par la suite. Le texte des adresses présentées à l'Empereur et à l'Impératrice n'est pas d'un grand intérêt. Il reproduit cette idée constamment exprimée dans les discours de l'Empereur, de l'Impératrice et du Sénat, que la dissolution du mariage impérial fut un acte commandé par la politique, « un témoignage du dévouement absolu de l'Empereur aux devoirs qu'impose un trône héréditaire », et un sacrifice personnel accompli dans l'intérêt de l'Etat. On peut croire ou ne pas croire à la sincérité de ces discours ; ce que je veux noter ici, c'est que le mot *divorce* ne se trouve nulle part, et que les historiens qui l'emploient constamment ne l'ont pas trouvé dans les textes officiels.

## CHAPITRE II

### L'hypothèse d'un divorce s'appuie-t-elle sur des documents historiques ?

Il n'y aura contre moi que quelques mauvais chroniqueurs assez bornés pour avoir pris des radotages de coterie ou des intrigues, pour des faits authentiques.

NAPOLÉON.

On attache généralement une grande importance à prouver que le divorce de Napoléon fut civil et irrégulier. Voici pourquoi.

C'est que si le divorce était irrégulier, le second mariage serait nul pour cause de bigamie ; et il n'est point désagréable de s'ébattre dans cet amusant paradoxe d'un Napoléon bigame, d'autant plus qu'on en tirerait de curieuses conséquences. Ainsi, Napoléon mériterait les travaux forcés, lui, ses complices, le Sénat, Berthier, l'Empereur d'Autriche, etc. D'autre part, les enfants nés de ce second mariage seraient adultérins. Etant adultérins, ils ne pourraient être légalement reconnus (art. 333 du Code civil). Ne pouvant être légalement reconnus, ils seraient « dépouillés de tout droit à la succession paternelle ; dès lors, le roi de Rome n'est plus enfant légitime, il n'est plus héritier du trône », etc. Le général Malet, qui avait des instants de lucidité, avait bien vu cela (1), et cela serait vrai, à une condition toutefois, c'est qu'il fût prouvé que le statut

---

1.— *Le Divorce de l'Empereur et le Code Napoléon*, p. 14.

personnel de Napoléon était celui des autres Français, et en particulier que la succession au trône était réglée comme la succession aux biens d'un citoyen.

Que dit le Code civil pour la succession d'un particulier ? Il dit, par exemple, que les enfants naturels ne sont point héritiers (art. 756), et que l'enfant naturel légalement reconnu aura la moitié de la portion héréditaire, lorsque le père et la mère laissent des ascendants ou des frères et sœurs (art. 757). Mais prétendrait-on maintenant que l'enfant naturel légalement reconnu de l'empereur n'aurait eu droit qu'à la moitié de la portion héréditaire de la dignité impériale ? C'est une idée que personne n'oserait soutenir. L'hérédité impériale a été réglée par un statut spécial, politique, qui est le Sénatus-Consulte organique du 18 Mai 1804, Titre II, *De l'hérédité*, art. 3 : « La dignité impériale est héréditaire dans la descendance directe, naturelle et légitime de Napoléon Bonaparte, de mâle en mâle, par ordre de primogéniture et à l'exclusion perpétuelle des femmes et de leur descendance ».

Ainsi, voilà une succession qui est réglée d'une façon tout-à-fait contraire aux prescriptions du Code civil : exclusion perpétuelle des filles contraire à l'égalité, droit d'aînesse établi, hérédité totale de la dignité impériale sans qu'il y ait lieu de distinguer aucune portion héréditaire. On voit donc bien que la succession au trône n'est pas réglée comme la succession aux biens d'un particulier, qu'elle n'est pas régie par le droit civil, mais par le droit politique. Et je n'en veux tirer ici qu'une conclusion générale : c'est qu'il est impossible de juger des droits d'un héritier du trône d'après les règles du Code civil ; qu'un statut spécial, qui est politique et constitutionnel, règle ses droits ; que ce n'est donc pas par une disposition tirée du Code civil que le Roi de Rome pourrait être écarté du trône, mais, s'il y avait lieu, par une disposition tirée de la Constitution ; que s'il y a un statut civil commun concernant la personne et les biens des citoyens, il peut exis-

ter un statut politique spécial pour l'Empereur, la famille impériale, leurs biens et leurs dignités ; que leur statut n'est pas forcément le statut de droit commun ; que deux ordres de lois, le civil et le politique, peuvent s'appliquer à la dissolution du mariage de l'Empereur ; et qu'en définitive, puisque les textes officiels ne fournissent qu'un terme général, je suis absolument fondé à chercher d'où l'on a bien pu tirer cette idée que ce fut un divorce civil. Vient-elle de l'histoire ? Ou n'est-elle que le produit d'une imagination capricieuse ?

De l'histoire ! Je ne saurais contester à l'histoire le droit de qualifier comme il lui plaira tout acte qu'elle voudra : mais enfin, ses dénominations n'ont généralement pas une grande valeur juridique, elles sont même souvent erronées, et ici son imagination s'est donnée libre carrière.

Du divorce, il est question partout, et sans parti pris, je dois le reconnaître. Lallement intitule son chapitre : *Divorce de Napoléon*, et en tête des pièces officielles où le mot ne figure pas, il écrit sans hésiter : *Divorce* (1).

Bourrienne est flottant. Deux fois, il parle de répudiation (2). Mais la troisième, il revient avec indifférence au mot commun pour dire que la douleur de Joséphine était toujours nouvelle, « bien que plus d'un an se fût écoulé depuis le divorce ». Savary ne dit point *divorce* dans ses Mémoires ; il parle de *rompre un lien*, de *dissolution du mariage*, mais avec des détails si manifestement erronés que je ne peux guère attacher d'importance aux propos de ce premier gendarme du monde.

Lavalette, cet autre fidèle, écrit *divorce* partout. Mais

---

1.— *Op. cit.* XX, p. 165.

2.— « Quels regards, mon ami, que ceux que les courtisans laissent tomber sur une femme *répudiée* », disait Joséphine. « On peut se soumettre à une *répudiation* », écrit-il ailleurs.— *Vie privée de Napoléon*, chapitres VII et IX.

lorsqu'il dit qu'au Conseil et devant l'Empereur, en présence des grands-officiers de l'Empire, Joséphine «fut obligée de déclarer qu'elle consentait au *divorce*», je dois revenir aux textes officiels qui furent *lus*, pour constater «qu'elle consentit à la *dissolution d'un mariage* qui désormais était un obstacle au bien de la France», et que Lavalette emploie un terme manifestement inexact (1).

Cherchant des pièces plus sérieuses, je vois que Champigny écrivait à Caulaincourt : « L'Impératrice convaincue de la grandeur des circonstances et de l'urgent besoin de l'Etat a été la première à faciliter le *divorce*. Tout me porte donc à croire que vendredi prochain, un sénatus-consulte prononcera la *dissolution du mariage* de l'Empereur par consentement mutuel ». Cette fois, les deux mots sont côte à côte et peut-être employés au hasard, l'un pour l'autre.

Bien mieux, si je poursuis cette recherche de textes, j'arrive à une page d'un historien que je crois sincère entre tous, et je l'abandonne aux commentaires des juristes : « Le 15 Décembre au soir, toute la famille des Napoléons, rois et reines, princes et princesses, et au premier rang la mère, Maria Lætitia, prit séance aux Tuileries, dans le grand cabinet de l'Empereur, pour assister à la *dissolution du mariage* et sanctionner cette *rupture* par sa présence. On sait que Joséphine demanda elle-même la *séparation*, que la déclaration mise dans sa bouche était pleine de douleur et de noblesse et que jamais la *raison d'Etat* ne parla plus digne langage. On sait aussi que l'Impératrice ne put aller au bout de sa lecture, et que l'archi-chancelier dut achever pour elle, avant de dresser l'*acte de divorce*. Le lendemain 16, à 11 heures du matin, le Sénat s'assemblait pour recevoir *cet acte*, appuyé solennellement par le prince Eugène, et le *convertir en Sénatus-Consulte*.

---

1.— *Mémoires et Souvenirs du Comte Lavalette*, pp. 259, 262, 265.

Cette *formalité* accomplie, l'Empereur et l'Impératrice se sépareraient et quitteraient tous deux les Tuileries, Joséphine pour s'établir à la Malmaison, Napoléon pour aller à Trianon, où il comptait se mettre en retraite pendant quelques jours et passer les premiers instants de son court *veuvage*. Pour consommer son *sacrifice*, il n'attendait plus que la réception du *vote sénatorial*; ses préparatifs de départ étaient faits et ses équipages commandés (1). »

Je n'insisterai point ici sur le rôle étrange et d'ailleurs mal défini qui paraît être attribué au Sénat, et je ne m'attache encore qu'à la qualification. Mais voyant que cet acte s'appelle indifféremment *divorce*, *rupture*, *séparation*, *dissolution du mariage*, qu'il aboutit à un *veuvage* et qu'il consomme un *sacrifice* imposé par la *raison d'Etat*, je me convaincs que ce n'est point ici tout-à-fait un divorce tel que le prononçaient les tribunaux civils, et que d'ailleurs il ne faut attacher aucune importance juridique aux termes qu'emploie l'histoire la plus consciencieuse, parce qu'elle n'y attachait elle-même aucun sens précis.

Et cependant... cependant, si je m'adresse à l'un de ceux qui virent de très près les événements et y furent mêlés, au

---

1. — A. VANDAL. — *Napoléon et Alexandrie Ier*. Tome II, p. 207. Voir pages 173, 174, 181, 182, 183, 184, 185, 187, 192, 193, 203, 207, ... etc., les différents termes employés. Il faut noter d'ailleurs que Napoléon lui-même parle du divorce, bien qu'il semble prendre plaisir à confondre les termes, parlant de *divorce pour raison d'Etat*, et de *dissolution du mariage par consentement mutuel* comme dans la lettre de Champagny. Je ne pense pas que cette confusion fût tout à fait involontaire, et M. Welschinger observe (*op. cit.* pp. 38 et 63) que Joséphine fut dupe de ces subtilités de mots. Cela explique pourquoi Joséphine crut si facilement que le divorce était interdit à Napoléon, et M. Welschinger note bien que l'art. 7 du Statut de 1806, « qui avait rassuré Joséphine en 1806, était dû à l'initiative de Napoléon. »

conseiller d'Etat Pasquier, dont le témoignage est éclairé, je sens qu'il y a dans cette affaire de qualification quelque chose de subtil qui échappait à la majorité des mémorialistes témoins, et que l'esprit fin et averti de Pasquier a saisi. Pas une seule fois en dix pages, il ne prononce le mot de divorce.

Son titre est : « Dissolution du mariage » (1). « En ma qualité de membre du Conseil, dit-il, je ne pouvais me dispenser d'y paraître, et je vis le commencement de toutes les manœuvres qui allaient amener un des plus grands événements de l'époque : la *dissolution de son mariage* avec Joséphine..... Dès le 16 Décembre, le Sénat reçut un message annonçant la résolution que Napoléon et Joséphine avaient prise d'un commun accord pour la *dissolution de leur union*..... Il fut aisé d'obtenir du Sénat le Sénatus-Consulte qui devait prononcer la *dissolution du mariage* de Napoléon et de Joséphine..... C'était la veille du jour où devait se prononcer la *dissolution de son mariage*....». Quand tout est accompli, lors même qu'il n'y a plus de formes à observer, Pasquier ne dit point encore «divorce», mais il quitte le terme officiel pour employer l'expression de « rupture des liens qui l'attachaient à Joséphine » (2).

Toutes ces pages sont d'une fine subtilité, chaque mot ayant son sens vrai, et je n'attribue point cela au hasard, parce que le hasard confondrait les mots, alors que Pasquier les distingue. Ce qui ne m'étonnerait point, c'est que lui, le juriste, eût employé le mot *divorce* qui, dans la loi de 1803, remplaçait le mot *dissolution du mariage*, spécialement employé dans la loi de 1792. Il eût été logique qu'il employât le terme courant, en vigueur ; il est extraordinaire qu'il n'emploie que le terme désuet, et cette constance à aller contre

1. — *Mémoires du Chancelier Pasquier*, I, p. 361.

2. — *Id.* pp. 366, 369, 371, 372.

l'usage ne peut s'expliquer à mon avis que par ce fait : qu'il ne voyait point dans la dissolution du mariage de l'Empereur un divorce du Code civil auquel il convînt d'appliquer le terme légal du Code civil.

Ainsi l'histoire, en général, ne nous fournit aucune indication ferme qu'il fallût employer le mot divorce dans le sens de divorce civil : elle confond tout avec indifférence et n'est pas un guide sérieux. Le seul témoin qualifié et compétent que j'aie pu entendre, le conseiller d'Etat Pasquier, et les textes officiels tels qu'on a pu les lire, ne parlent que de dissolution du mariage. Que l'histoire qualifie donc les faits comme il lui plaira en langue littéraire, soit ; mais le droit exige plus de précision. La confusion des mots entraînerait la confusion des ordres de lois, et n'ayant trouvé le terme « divorce » dans aucun texte sérieux, ne l'introduisons pas dans nos discussions : il entraînerait avec lui une inévitable idée de lois de l'ordre domestique et de procédure civile que rien ne justifie dans les faits.

## CHAPITRE III

---

### **L'hypothèse d'un divorce Civil résulte-t-elle des faits de la procédure ?**

L'application de chaque loi doit se faire à l'ordre des choses sur lesquelles elle statue ; les objets qui sont d'un ordre différent ne peuvent pas être décidés par les mêmes lois.

*Livre préliminaire du Code Civil, V. 4.*

L'idée d'un divorce civil n'étant soutenue ni par les textes officieux de l'histoire, ni par les textes officiels, cette hypothèse résulte-t-elle des actes juridiques, et trouve-t-elle au moins quelque appui dans les faits de la procédure ? Je veux dire, allons-nous voir Bonaparte se présentant avec femme Bonaparte devant un tribunal civil, ayant réuni les éléments plus ou moins complets, plus ou moins sincères d'un divorce civil, et essayant d'obtenir plus ou moins ouvertement, plus ou moins régulièrement, la sentence du tribunal qui caractérise le divorce civil ? Il ne peut pas y avoir deux espèces de divorce civil par consentement mutuel. Ou bien Bonaparte a essayé de suivre les règles de procédure civile, et alors il a bien effectivement tenté un divorce civil ; ou bien il ne les a pas suivies et n'a pas essayé de les suivre, et alors il n'a pas tenté un divorce civil.

Les formalités et règles du divorce civil nous sont données par la loi du 21 Mars 1803 introduite dans le Code Napoléon. Les faits de la procédure nous sont donnés par

les pièces officielles. Voyons donc si les faits nous prouvent qu'il y eut tentative de divorce civil.

Le divorce civil, en 1809, pouvait être prononcé pour cause déterminée, ou par consentement mutuel. Les causes déterminées (art. 229 Code Civil) étaient l'adultère, les excès, sévices et injures graves, la condamnation de l'un à une peine infâmante. Aucune de ces causes n'ayant été invoquée, nous écartons le divorce civil pour cause déterminée.

Reste le divorce par consentement mutuel. C'est l'hypothèse habituelle de l'histoire. On trouve dans les textes une suggestion de divorce par consentement mutuel, bien naïve et bien fine; elle n'est point dans les déclarations personnelles de l'Empereur ni de l'Impératrice, mais elle est dans le procès-verbal écrit par le Secrétaire de l'état de la famille impériale, et elle mérite d'être examinée : « . . . Sur quoi LL. MM. Impériales et Royales nous ayant demandé acte de leurs déclarations respectives, ainsi que du consentement mutuel qu'elles contiennent ... » Voilà quel est, à mon avis, le mot unique qui a lancé les historiens dans l'hypothèse d'un divorce civil par consentement mutuel. Examinons donc ce mot et sa valeur.

1<sup>o</sup> Est-ce d'abord un consentement mutuel donné au divorce ? — Nullement. C'est « le consentement mutuel que LL. MM. donnent à la dissolution de leur mariage. » Il est donc contraire au texte, et au moins imprudent, de conclure au divorce.

2<sup>o</sup> Ce consentement mutuel présente-t-il les caractères qui sont distinctifs du consentement mutuel exigé par le Code Civil en vue du divorce civil ? — Nullement. Le consentement mutuel tel qui est requis pour être cause péremptoire de divorce doit être : mutuel et persévérant (art. 233); autorisé

par les ascendants vivants (art. 278) ; précédé d'un inventaire (art. 279) ; renouvelé quatre fois dans le cours de l'année (art. 289) ; et la femme doit avoir moins de 45 ans (art. 277), etc.

Or il est bien évident que le consentement mutuel, tel qu'il figure dans le procès-verbal de Cambacérès, ne présentait aucun de ces caractères. En particulier, il ne fut ni persévérant, ni autorisé par les ascendants puisque Madame mère présente ne dit mot, ni renouvelé quatre fois dans l'année, et d'autre part on sait que Joséphine avait plus de 45 ans. Donc, par ces caractères, c'était tout ce que l'on voudra, excepté cette unique chose que l'on veut qu'il soit : le consentement mutuel au divorce prévu par l'art. 233.

Que l'on dise par hypothèse : C'était peut-être le consentement mutuel de l'art. 233, rien de mieux. Mais si l'hypothèse n'est pas vérifiée, il faut l'abandonner tranquillement. Nous avons ici un consentement mutuel qui, de loin, paraît conduire au divorce civil, mais qui n'a aucun des caractères exigés par l'art. 233 ou autres du Code civil : je ne peux pas, sans défier le bon sens, maintenir que c'est le consentement de l'art. 233 du Code civil. C'est un consentement mutuel à quelque chose, oui, mais précisément à une tout autre chose que le divorce civil, et qui est expressément nommée : la dissolution du mariage.

3<sup>e</sup> Mais ce n'est pas tout. L'art. 233 dit que « le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, *prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable*, et qu'il existe par rapport à eux une cause péremptoire de divorce. »

Il est donc bien clair que deux époux en instance de divorce par consentement mutuel, auront à cœur d'établir que la vie commune leur est insupportable, et que s'ils viennent

à dire au juge : « La vie commune nous est douce », ils iront directement contre le but de leur instance.

Or ici que disent les textes ? Y a-t-il preuve ou présomption que la vie commune est insupportable ? Nullement. « La dissolution de mon mariage, dit Joséphine, ne changera rien aux sentiments de mon cœur : l'Empereur aura toujours en moi sa meilleure amie. » Peut-être pensera-t-on que Joséphine était contrainte à parler ainsi (1) ? Mais alors l'Empereur qui lui n'était contraint par personne, va sans doute donner libre cours à son ressentiment ? Pas davantage : « Dieu sait combien une pareille résolution a coûté à mon cœur ! Mais il n'est aucun sacrifice qui soit au-dessus de mon courage, lorsqu'il m'est démontré qu'il est utile au bien de la France. *J'ai le besoin d'ajouter* que, loin d'avoir jamais eu à me plaindre, je n'ai au contraire qu'à me louer de l'attachement et de la tendresse de ma bien-aimée épouse : elle a embelli quinze ans de ma vie, le souvenir en restera toujours gravé dans mon cœur. »

On a quelque peine à attacher un commentaire juridique à de si nobles paroles, qui étaient peut-être de pardon dans une heure solennelle. Mais enfin, il faut bien dire que ces idées ne sont point celles qu'un plaideur en instance de divorce par consentement mutuel *aurait eu le besoin d'ajouter*, et qu'au contraire elles semblent être dites ici précisément pour écarter cette idée d'un divorce civil, mettant fin à une vie commune insupportable.

En résumé, nous avons donc bien le mot du Code Civil consentement mutuel, mais nous n'avons pas la chose, et c'est être dupe des mots que de croire que l'on tient la chose quand

---

1. — Cette idée qu'elle fut contrainte et martyre fait partie de la légende. Voir dans le *Correspondant* du 10 janvier 1901 l'article de M. de Lanza de Laborie sur *Joséphine répudiée* : « Quoi qu'en dise, par modestie, M. Frédéric Masson, c'en est fait grâce à lui de la légende de Joséphine. . . »

on n'en saisit que l'ombre. Nous avons un consentement mutuel, mais non pas un divorce civil par consentement mutuel dont il n'est question nulle part.

S'il s'agissait d'un particulier, je m'en tiendrais là. Mais quand il s'agit de Napoléon, il faut atteindre la vérité concrète et toucher les faits du doigt. Allons plus avant. Que se passerait-il dans le cas de divorce civil par consentement mutuel?

ART. 281. — Les deux époux se présenteront ensemble, et en personne, devant le président du tribunal civil de leur arrondissement, ou devant le juge qui en fera les fonctions, et lui feront la déclaration de leur volonté, en présence de deux notaires amenés par eux.

ART. 282. — Le juge fera aux deux époux réunis, et à chacun d'eux en particulier, en présence des deux notaires, telles représentations ou exhortations qu'il croira convenables; il leur donnera lecture du chapitre IV du présent titre qui règle les effets du divorce et leur développera toutes les conséquences de leur démarche.

Allons aux conséquences indiquées dans le Chapitre IV, article 297: « Dans le cas de divorce par consentement mutuel, aucun des deux époux ne pourra contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce. » Ainsi voilà un homme froid, rusé, subtil, adroit calculateur, maître passé ès-lois, Napoléon, qui déclare qu'il *veut* dissoudre son mariage pour avoir au plus vite des enfants, qui a déjà amorcé des négociations pour son mariage avec une princesse russe, qui sera marié deux mois plus tard, le 7 Février 1810, avec une princesse autrichienne, et c'est cet homme qui, le 15 Décembre 1809, aurait accepté l'idée d'un pur et simple divorce civil par consentement mutuel, alors que la conséquence fatale et inévitable serait l'impossibilité de se remarier avant le 15 Décembre 1812? A qui le fera-t-on croire? Cela

est inadmissible. Je sais bien que l'on a dit que c'était un sot à courtes vues (1), mais l'opinion proteste généralement contre cette idée, et, en fait, cet acte dépasserait singulièrement les bornes de la myopie permise.

Cela seul suffirait à prouver que le divorce civil par consentement mutuel ne fut pas le but de la procédure, et enfin en voici un dernier témoignage : c'est qu'aucun des actes de cette procédure ne fut accompli, ni même tenté.

D'après l'article 281, par exemple, les deux époux doivent se présenter devant le président du tribunal : où a-t-on vu le président du tribunal civil de l'art. 281 ? l'exhortation du juge de l'art. 282 ? la lecture du chapitre IV et les actes déposés entre les mains du notaire par application de l'art. 283 ? les deux notaires de l'art. 284 ? les déclarations renouvelées de l'art. 285 ? les quatre procès-verbaux de l'art. 286 ? les observations du juge et des assistants de l'art. 287 ? l'ordonnance du juge de l'art. 288 ? le ministère public de l'art. 289, qui doit donner ses conclusions en ces termes sacramentels : « *La loi permet* » ou « *La loi empêche* » ?

Existe-t-il de tout cela une trace quelconque dans la procédure ? Aucune. Rien de tout cela n'est, ne paraît, ni ne figure à aucun titre, ni de près, ni de loin, dans la procédure engagée. On ne va pas au tribunal civil, on n'essaie même pas d'y aller : on va au Sénat. Et alors par quelle mystérieuse intuition a-t-on pu songer à une procédure civile ? Si je fais une pétition à la Chambre des députés, dira-t-on que ma pétition est une procédure civile ? Et sera-t-elle irrégulière pour la raison qu'elle n'est pas conforme aux règles du Code de procédure civile ? Cela serait plus que naïf. Et puisqu'on raisonne ainsi depuis cent ans sur cette affaire, il faut enfin raisonner autrement pour en finir avec cette hypothèse.

---

(1) — *Le Censeur*, 1817.

Je dis que si des pièces juridiques ne présentent aucun caractère d'ordre pénal, je n'irai point conclure que l'affaire qu'elles traitent est d'ordre pénal, et que de l'absence même de ces caractères, je conclurai au contraire qu'elle n'est pas d'ordre pénal. Et ici, où les pièces juridiques ne présentent aucun caractère d'ordre civil, je ne peux pas conclure des pièces que l'affaire qu'elles traitent est d'ordre civil : au contraire, je suis amené à conclure qu'elle n'est pas d'ordre civil.

L'idée d'un divorce civil par consentement mutuel n'étant affirmée par aucun texte juridique n'est qu'une hypothèse. Et comme cette hypothèse ne repose sur rien, ni sur des textes, ni sur des faits, comme elle est de plus contredite par les textes et par les faits, en bonne logique je l'écarte, définitivement et pour toujours, avec cette conséquence : que si cet acte n'est pas un acte de l'ordre civil, ce n'est pas d'après les principes du Code civil qu'il doit être apprécié. Napoléon porte son affaire au Sénat : comment pourrait-on lui opposer des vices de formes, qui ne seraient vices que pour le tribunal civil ? La seule question à examiner, c'est de savoir si le Sénat pouvait être et fut en effet régulièrement saisi. Voyons donc quel fut son rôle. (1)

---

(1). — M. F. Masson observe bien (*op. cit.*, p. 78) que l'on fit « de la dissolution du mariage civil un acte purement politique, un acte constitutionnel qui échappe aux juristes, se place en place en-dehors de la loi et au-dessus d'elle. » A la vérité, aucun acte juridique ne peut échapper aux juristes, mais celui-ci échappe aux civilistes.

Quant à M. Welschinger, il juge l'acte en historien purement civiliste, et dit (*op. cit.* p. 63) que « l'Empereur qui, pour les diverses prescriptions, s'était conformé aux règles du Code, en avait violé sciemment une disposition essentielle », l'Impératrice ayant plus de 45 ans. A mon avis, il n'en a violé aucune, et n'en a d'ailleurs observé aucune : on pourrait aussi bien lui reprocher de n'avoir pas observé les règles du Code pénal.

## CHAPITRE IV.

---

### Le rôle du Sénat.

Mon cousin,.. Après le conseil privé vous vous retirerez par devers nous pour nous présenter la rédaction qui aura été arrêtée, et à l'égard de laquelle seront remplies les formalités d'usage.

NAPOLÉON.

Les chroniqueurs et mémorialistes ont prêté au Sénat les rôles les plus divers. Le plus capricieux de tous est certainement celui que ses fonctions prédestinaient le moins aux écarts gracieux de l'imagination, celui que Villoutreys appelait le *Tristan de l'Empereur*, Savary, duc de Rovigo. « A un jour fixé, dit-il, il y eut le soir, chez l'Empereur, une réunion des personnes dont l'office était nécessaire dans cette circonstance, parmi lesquelles étaient M. l'archi-chancelier et M. Regnault de Saint-Jean-d'Angely. Là l'Empereur fit à haute voix la déclaration de l'intention dans laquelle il était de rompre son mariage avec Joséphine, qui était présente, et l'Impératrice, de son côté, fit en sanglotant la même déclaration.... Il n'y avait entre lui et l'Impératrice Joséphine aucun autre lien qu'un acte civil, tel que cela était d'usage dans le temps où il s'était marié. Or les lois (?) avaient prévu la dissolution de ces sortes de contrats.... Le prince archi-chancelier, ayant fait donner lecture de l'article de la loi (?), en fit l'application au cas présent, et déclara le mariage dissous » (1).

---

1. — *Mémoires du duc de Rovigo*, IV, p. 255-256.

Et voilà tout ! Du Sénat, il n'est point question. Voilà comment Savary a vu cet événement que Pasquier déclare l'un des plus importants de l'époque et précédé de lointaines manœuvres (1). Cela est aussi enfantin que les récits de batailles par un grenadier de Raffet, et pour autant que cela ressemble à quelque chose de juridique, cela rappellerait la procédure de la loi de 1792, appliquée par Cambacérès, faisant fonction d'officier de l'état-civil. Mais comme cette loi n'était pas applicable et ne fut pas appliquée, abandonnons ce témoin aveugle : je ne l'ai cité que pour montrer l'incroyable confusion qui régnait dans les esprits.

On sait que d'après d'autres historiens plus modernes, mais mal au courant des formalités constitutionnelles, le Sénat reçut un « acte de divorce » tout fait qu'il « convertit en Sénatus-Consulte ». Ainsi présenté, cela est inexact. Il suffit de relire le procès-verbal officiel communiqué au Sénat pour constater que cette pièce n'était point un « acte de divorce », mais bien un véritable « procès-verbal », « donnant acte de déclarations » et « du pouvoir conféré à l'archi-chancelier de suivre partout où besoin serait et près de qui il appartiendrait l'effet de la volonté de LL. MM. ». Ce n'était donc pas un acte de divorce, pièce finale, aboutissement d'une procédure, mais au contraire la pièce initiale d'une procédure qui devait conduire à la dissolution du mariage.

Il est d'ailleurs parfaitement exact que le Sénat reçut communication d'une pièce toute faite « qu'il convertit en Sénatus-consulte ». Mais ce n'était pas un acte de divorce dressé par l'archichancelier ; c'était une autre pièce dont la *Correspondance* nous fournit le texte, que voici dans son entier, et qui n'était autre chose qu'un projet de Sénatus-consulte :

---

2. — Voir A. LÉVY, *Napoléon intime*, Livre II, ch. 15, les étapes de l'idée de dissolution du mariage, 1799, 1800, 1804, 1807, 1808, 1809.

16050. — *Au prince Cambacérès,  
Archichancelier de l'Empire, à Paris.*

Paris, 16 Décembre 1809.

Mon cousin, Nous avons ordonné la convocation d'un conseil privé qui aura lieu aujourd'hui, à dix heures du soir, dans notre palais des Tuileries.

Nous jugeons convenable de ne pas nous trouver à ce conseil, et nous avons signé la présente lettre pour vous faire connaître que notre intention est que vous le présidiez en notre absence et que vous lui présentiez le projet de sénatus-consulte ci-après :

Le Sénat réuni, etc.

Vu l'article [l'acte] dressé le 15 du présent mois par l'archichancelier de l'Empire dont la teneur suit,

A décrété et décrète :

ARTICLE PREMIER. — Le mariage contracté entre l'Empereur Napoléon et l'Impératrice Joséphine est dissous.

ART. 2. — L'Impératrice Joséphine ayant été couronnée, conservera les titre et rang d'Impératrice-Reine.

ART. 3. — Son douaire est fixé à une rente annuelle de deux millions de francs sur le trésor de l'Etat.

ART. 4. — Toutes les dispositions qui pourront être faites par l'Empereur en faveur de l'Impératrice Joséphine sur les fonds de la liste civile seront obligatoires pour ses successeurs.

Après le conseil privé, vous vous retirerez par devers nous pour nous présenter la rédaction qui aura été arrêtée et à l'égard de laquelle seront remplies les formalités d'usage (1).

Voilà quel est l'acte qui a été converti en Sénatus-consulte. En le comparant au texte officiel, il est facile de voir que le texte dicté par l'Empereur a été presque littéralement

---

1. — D'après la minute. *Archives de l'Empire.*

reproduit par le Sénat (1); il est bien certain que c'est sa volonté qui devint loi, et je ne doute pas que chacun n'éprouve le sentiment d'une abominable tyrannie. Mais toutefois il est également certain que cette volonté s'exerça suivant les formes constitutionnelles et que, par conséquent, nous ne pouvons rien exiger de plus. Voici ce que dit l'art. 57 du Sénatus-consulte organique de la Constitution du 16 Thermidor an 10, Titre V. *Du Sénat* :

ART. 57. — Les projets de Sénatus-consultes pris en conséquence des articles 54 et 55 sont discutés dans un conseil privé composé des Consuls, de deux Ministres, de deux Sénateurs, de deux Conseillers d'Etat et de deux grands-officiers de la Légion d'Honneur. Le premier Consul désigne à chaque tenue les membres qui doivent composer le conseil privé » (2).

Ce texte est bien l'article 57 de l'Acte des Constitutions du 4 Août 1802 visé par le Sénat, et ce corps politique fut régulièrement saisi par l'Empereur « d'un projet de Sénatus-Consulte... à l'égard duquel furent remplies les formalités d'usage. » Sans doute, on peut regretter que la volonté de l'Empereur ait été suivie; mais il arrive, même dans les Républiques, qu'un projet de loi émanant du Gouvernement soit voté par les Chambres, et ici, l'initiative ne pouvait venir que du Gouvernement, d'après la Constitution.

- 
1. — Le Sénat y ajouta un article 5: « Le présent Sénatus-Consulte sera transmis par un message à Sa Majesté Impériale et Royale. » De plus, il modifia d'une façon peu heureuse le texte de l'article 2: « L'impératrice Joséphine conservera les titre et rang d'Impératrice-reine couronnée ». La rédaction proposée par Napoléon était plus claire et plus explicite.
  1. — DUVERGIER, *Collection des lois*, XIII, p. 508. Le projet de Sénatus-consulte napoléonien a quelque rapport avec l'Oratio du droit romain qui reste document important pour les jurisconsultes à l'époque même où le Sénat fait directement le droit par un Sénatus-Consulte. Cf. MAY, *op. cit.* p. 340.

Ce point éclairci, ayant constaté que le Sénat n'eut pas à ratifier un acte de divorce, et qu'il fut régulièrement saisi d'un projet de Sénatus-consulte, il nous est possible de déterminer son rôle véritable dans cette affaire.

La dissolution du mariage n'était pas accomplie avant l'intervention du Sénat : il n'eut donc pas à la ratifier.

Elle fut prononcée par le seul Sénat, par le seul Sénatus-consulte, et dans la forme correcte des Sénatus-consultes : « Le Sénat conservateur... Vu.... décrète : Art. 1<sup>er</sup>. Le mariage contracté entre l'Empereur Napoléon et l'Impératrice Joséphine est dissous. »

3. — Les termes employés suffisent à démontrer qu'il agit en tant que législateur d'une certaine sorte qui *décède*. Il a employé exactement la formule constitutionnelle que nous trouvons dans les actes similaires :

2. Août 1802. — Le Sénat conservateur... Vu.... *décède* ce qui suit : Art. 1<sup>er</sup>. Le peuple français nomme et le Sénat proclame Napoléon Bonaparte premier Consul à vie (1).

17 Février 1810. — Le Sénat conservateur... *décède* : Art. 1<sup>er</sup>. L'Etat de Rome est réuni à l'Empire français et en fait partie intégrante (2).

Mais cela admis, nous nous heurtons à une objection. On reconnaît bien que le Sénat n'a pas agi comme officier de l'état civil (3). On reconnaît aussi qu'il ne s'est pas substitué au Tribunal civil ou à la Cour d'appel, pour rendre un jugement ou un arrêt qu'on ne lui demandait pas : « il n'avait pas le droit de prononcer un jugement et n'a pas essayé de le faire » (4)

---

1. — DUVERGIER, *op. cit.*, XIII, p. 504.

2. — LALLEMENT, *op. cit.*, XX, p. 100.

3. — *Le divorce de l'Empereur et le Code Napoléon*, p. 5.

4. — *Id.*, p. 5.

Mais on n'admet pas qu'il eût dans l'espèce le droit d'agir comme législateur. Voici l'objection :

« *En floréal an XII*, on proclame une règle générale sur les pouvoirs du Sénat. On lui attribue notamment le droit de faire des Sénatus-consultes organiques *dont l'art. 54* détermine l'objet et la nature. Ils sont destinés à régler tout ce qui n'a pas été prévu par la Constitution et à expliquer les articles de cette Constitution qui donnent lieu à différentes interprétations.

Au-dessous des Sénatus-consultes organiques, viennent les sénatus-consultes non qualifiés *qui peuvent être votés dans des cas déterminés au nombre de six*.

Hors de là, le pouvoir législatif du Sénat n'existe pas, et, par conséquent, c'est au corps législatif qu'il appartient de faire des lois.

*Donc il faudrait que le Sénatus-consulte du 16 Décembre 1809, qui prononce le divorce, eût un caractère organique pour qu'on pût y voir un acte législatif.* Or, le Sénat lui-même ne l'a pas ainsi qualifié, tandis que le Bulletin des Lois contient *nombre* de Sénatus-consultes qui portent ce titre, parce qu'en effet ils statuent sur des matières constitutionnelles ; mais tel n'est pas le caractère de l'acte qui dissout le mariage de l'Empereur....

.... Le Sénat, en rendant possible le second mariage de l'Empereur, a statué sur une importante question *politique* qui n'avait pas le caractère constitutionnel.... J'en trouve la preuve dans les déclarations officielles qui ont précédé le Sénatus-consulte de Décembre 1809. Elles montrent clairement le caractère personnel et *politique* de l'acte à accomplir, le caractère constitutionnel n'y apparaît aucunement. »

Je note avec intérêt que l'on reconnaît maintenant que la dissolution du mariage avait un caractère *politique*, et que c'était une importante question *politique* ; mais sans discuter ici les conséquences de cette remarque, je prends le problème

tel qu'il est posé, et voici l'objection : « Il faudrait que le Sénatus-Consulte du 16 Décembre 1809 qui prononce le divorce eût un caractère organique pour qu'on y pût voir un acte législatif. » Cherchons donc s'il a un caractère organique, et si l'histoire peut croire que le Sénat agit en tant que législateur. De quoi résulte ce caractère organique ?

1<sup>o</sup> Il résulte d'abord du titre. Mais il serait imprudent d'affirmer que tous les Sénatus-consultes organiques sont ainsi qualifiés, et l'on dit en effet seulement que « le Bulletin des Lois contient *nombre* de Sénatus-consultes qui portent ce titre. » Il se peut donc qu'il y ait eu négligence, je l'ignore ; je sais seulement que Napoléon prescrivit « de remplir les formalités d'usage, » et rien ne prouve que tous les Sénatus-consultes organiques reçurent ce titre, ni que son absence fût un vice grave de forme (1).

2<sup>o</sup> La qualité de Sénatus-consulte organique résulte aussi d'une certaine majorité, spécifiée par l'art. 56 du Sénatus-consulte organique du 16 Thermidor an 10 (4 Août 1802).

ART. 56.— Les Sénatus-consultes organiques et les Sénatus-consultes sont délibérés par le Sénat, sur l'initiative du Gouvernement. Une simple majorité suffit pour les Sénatus-

---

1. — Voici deux titres de Sénatus-consultes tels qu'ils sont donnés par Duvergier, Tome XVI : 1<sup>o</sup> p. 489, 16 Décembre 1809, Sénatus-consulte portant dissolution du mariage contracté entre l'Empereur Napoléon et l'Impératrice Joséphine (Bulletin des Lois N. 4840) ; 2<sup>o</sup> p. 165, 19 Août 1807, Sénatus-consulte concernant l'organisation du Corps législatif (Bulletin des Lois N. 1785). Le second était certainement organique, cependant ni l'un ni l'autre n'est qualifié par Duvergier qui ne semble pas avoir attaché une grande importance au titre.

consultes ; il faut les deux tiers des voix des membres présents pour un Sénatus-consulte organique (1). »

Or, le 16 Décembre 1809, le Sénat comptait 87 votants, la majorité des 2/3 nécessaire pour un Sénatus-consulte organique était de 58. Il y eut 76 *oui* ; la majorité requise fut donc atteinte et largement dépassée.

3° Reste la question de l'objet. On dit « nombre de Sénatus-consultes portent ce titre (organique) *parce qu'en effet ils statuent sur des matières constitutionnelles.* » Rien n'est moins précis, à mon avis, que ce critérium, et ce n'est point dans ces termes que la Constitution parle des Sénatus-consultes organiques. Voici ce qu'elle dit dans l'article 54 invoqué (2) :

ART. 54.— Le Sénat règle par un Sénatus-consulte organique :

- 1° La constitution des colonies ;
- 2° Tout ce qui n'a pas été prévu par la Constitution et qui est nécessaire à sa marche ;
- 3° Il explique les articles de la Constitution qui donnent lieu à différentes interprétations.

Il est bien question dans cet article 54 de matières constitutionnelles ; mais elles ne sont pas définies, et il y a une différence sensible entre le critérium proposé : statuer sur des matières constitutionnelles, et le texte du paragr. 2 : régler tout ce qui n'a pas été prévu par la Constitution et qui est nécessaire à sa marche. Enfin ce paragr. 2, donnant lieu à différentes interprétations, doit être expliqué par le Sénat en vertu du § 3, et en somme doit se lire ainsi : § 2 fait l'objet d'un Sénatus-consulte organique, — tout ce qui n'a pas été prévu par la

---

1. — DUVERGIER, *op. cit.*, XIII, p. 508.

2. — DUVERGIER, *op. cit.*, XIII, p. 508.

Constitution, — que le Sénat juge nécessaire à sa bonne marche, — certaines conditions d'initiative et de forme des art. 56 et 57 étant d'autre part requises. Il suffit donc que ces trois conditions soient réunies pour que le Sénatus-consulte soit organique et régulier, sans que nous puissions opposer notre interprétation personnelle du paragr. 2 à celle du Sénat, seule officielle et seule autorisée.

4<sup>o</sup> Est-ce à dire que nous ne pourrions jamais savoir, hors le vote du Sénat, si un Sénatus-consulte est organique ou non ? Nullement. Car si l'objet du Sénatus-consulte organique est en fait indéterminé, l'objet du Sénatus-consulte ordinaire est, lui, au contraire, nettement déterminé par l'art. 55. « Au-dessous du Sénatus-consulte organique, dit M. Colmet de Santerre, viennent les Sénatus-consulte non qualifiés qui peuvent être votés *dans des cas déterminés* au nombre de six. » Cela est exact et voici le texte constitutionnel :

ART. 55. Le Sénat, par des actes intitulés *Sénatus-consultes* :

1<sup>o</sup> Suspend pour cinq ans les fonctions de jurés dans les départements où cette mesure est nécessaire.

2<sup>o</sup> Déclare, quand les circonstances l'exigent, des départements hors de la Constitution.

3<sup>o</sup> Détermine le temps dans lequel les individus arrêtés en vertu de l'art. 46 de la Constitution, doivent être traduits devant les tribunaux, lorsqu'ils ne l'ont pas été dans les six jours de leur arrestation.

4<sup>o</sup> Annule les jugements des tribunaux lorsqu'ils sont attentatoires à la sûreté de l'Etat.

5<sup>o</sup> Dissout le Corps législatif et le Tribunat.

6<sup>o</sup> Nomme les Consuls (1).

---

1. — ART. 55 du Sénatus-consulte du 16 Thermidor an 10. Duvergier, *op. cit.*, XIII, p. 508.

Reprenons maintenant chacun des six cas déterminés : est-ce que le Sénatus-consulte du 16 Décembre qui dissout le mariage de l'Empereur 1<sup>o</sup> suspend les fonctions de jurés ? non, -2<sup>o</sup> déclare des départements hors de la Constitution ? non, -3<sup>o</sup> s'occupe d'individus arrêtés ? non, -4<sup>o</sup> annule un jugement attentatoire à la sûreté de l'Etat ? non, -5<sup>o</sup> dissout le Corps législatif ? non, -6<sup>o</sup> nomme un Consul ? non.

Ce n'est donc en aucun cas un Sénatus-consulte ordinaire de l'art. 55. Et comme c'est cependant un Sénatus-consulte, il faut bien absolument admettre que c'est un Sénatus-consulte organique de l'art. 54, parce qu'il ne peut pas être autre chose.

Si c'est un Sénatus-Consulte organique, l'histoire ne doit plus trouver d'objection à y voir un acte législatif, ni à admettre que le Sénat agit en qualité de législateur ; mais comment a-t-elle pu arriver à une conclusion absolument opposée ? Cette difficulté m'a longtemps arrêté et troublé, dans la crainte de commettre moi-même quelque erreur et de laisser une faille dans un raisonnement pourtant si simple. Je crois cependant en avoir trouvé la raison, et il me semble que la cause en est toute matérielle. On remarquera que les articles 54 et 55 déterminant l'objet des Sénatus-consultes ont été cités comme venant du Sénatus-consulte du 28 Floréal an XII (16 Mai 1804). Or ils viennent, en réalité, du Sénatus-consulte du 16 Thermidor an X (4 Août 1802) (1). La bonne foi des commenta-

---

1 — Voici l'art. 54 du Sénatus-consulte organique du 28 Floréal an XII (18 Mai 1804), Duvergier. *op. cit.*, XV. p. 6 : « Avant de commencer l'exercice de ses fonctions, le Régent accompagné,

Des titulaires des grandes dignités de l'Empire,  
Des ministres,  
Des grands officiers de l'Empire,  
Prête serment sur l'Evangile, et en présence  
Du Sénat,  
Du Conseil d'Etat,

teurs étant certaine, l'erreur matérielle de date n'est qu'un lapsus sans importance ; mais elle donne à penser que l'on a simplement répété une erreur puisée dans l'une des nombreuses sources empoisonnées de cette histoire, sans revenir aux textes.

---

Du président et des questeurs du Corps Législatif,  
Du président et des questeurs du Tribunal,  
Et des grands officiers de la Légion d'honneur,  
Le Secrétaire d'Etat dresse procès-verbal de la prestation  
du serment. »

On voit que cela n'a rien de commun avec l'article 54 du  
4 août 1802 qui indique, si vaguement que ce soit, l'objet des  
Sénatus-consultes organiques.

## CHAPITRE V

---

### La Migration d'un Statut

« He dispensed with the formalities laid down by the Civil Code, and went to work in a different fashion. »

*The Cambridge Modern Story.*

Je suis donc amené à croire que le Sénatus-consulte du 16 Décembre 1809 fut un Sénatus-consulte organique, parce qu'il ne pouvait pas être autre chose, donc à admettre que le Sénat agit en qualité de législateur, et que le Sénatus-consulte prononçant la dissolution du mariage fut un acte d'ordre politique, peut-être constitutionnel. Mais alors, je soulève une question très grave, la plus délicate, et en réalité la seule véritablement intéressante et nouvelle de cette étude. La voici.

Quel était l'objet de cet acte d'ordre politique ? La dissolution d'un mariage. Où et comment contracté ? « Le mariage dont la dissolution avait été ainsi prononcée avait été contracté devant l'officier de l'état civil du 2<sup>e</sup> arrondissement de Paris, le 9 Mars 1796 » (1). De quel ordre était donc cet acte dissous ? C'était un acte de l'ordre civil, Montesquieu aurait même dit de l'ordre domestique. Et alors, comment après avoir pris soin de séparer les différents ordres de lois, comment puis-je admettre qu'un acte de l'ordre politique, tel qu'un Sénatus-consulte organique, ait le pouvoir de dissoudre régulièrement un acte de l'ordre domestique, tel que le mariage civil du citoyen général Bonaparte avec la citoyenne Jo-

---

1. — COLMET DE SANTERRE, *op. cit.*, p. 3.

séphine Tascher de la Pagerie ? Est-ce que par là je n'introduis pas moi-même la confusion dans les différents ordres de lois ? Et après avoir prétendu que Napoléon en faisait régulièrement la distinction, ne donnerais-je pas ici la preuve contraire en montrant qu'il prétendit dissoudre un acte de l'ordre civil par un acte de l'ordre politique ?

L'histoire, subtile, a bien vu cette difficulté. Dans son discours au Sénat, Lacépède avait fait observer que plusieurs princes « ne consultant que le bonheur de leurs peuples, ont dû renoncer aux liens qui leur étaient les plus chers ! En ne portant même nos regards que sur les prédécesseurs de Napoléon, disait-il, nous voyons treize rois que leur devoir de souverain a contraints à dissoudre les nœuds qui les unissaient à leurs épouses ; et, ce qui est bien digne de remarque, parmi ces treize princes, nous devons compter quatre des monarques français les plus admirés et les plus chéris, Charlemagne, Philippe-Auguste, Louis XII et Henri IV. »

Cela était bien dit, et suggestif, mais M. Colmet de Santerre observe judicieusement : « Il fallait que Lacépède fût bien dépourvu de raisons juridiques pour en être réduit à citer l'exemple de Philippe-Auguste, de Louis XII et de Henri IV. Entre leur situation et celle de Napoléon, il y avait un abîme ; le mariage avait été, en France, laïcisé, comme on dit aujourd'hui, par les lois de la Révolution. Du temps de l'ancienne monarchie, le mariage dépendait de l'Eglise qui n'admettait pas le divorce, mais qui prononçait la nullité si quelque une des conditions nécessaires à la validité de l'union avait manqué lorsqu'elle avait été contractée. C'était l'autorité ecclésiastique, le pape le plus souvent, qui invalidait le mariage (1).

---

1. — Voltaire, ironique, disait : « Quoi ! un souverain peut abdiquer sa couronne, et sans la permission du pape, il ne pourra pas abdiquer sa femme ! » Portalis plus sévère disait le 24 Fructidor an IX : « La première dispense qui ait été donnée par

Les anciens rois n'avaient donc affaire qu'aux lois de l'Eglise et aux juges ecclésiastiques ; l'Empereur, au contraire, avait contracté un mariage civil et un mariage religieux. En ce qui concernait le lien civil, il était obligé de respecter les lois qu'il avait faites lui-même ; il cherchait le divorce ; il ne demandait pas la nullité, et les précédents invoqués étaient sans valeur quand il s'agissait d'établir la compétence du grand corps politique auquel il demandait de prononcer la dissolution de son mariage » (1).

Je note d'abord qu'il n'est point tout-à-fait exact que Napoléon cherchât le divorce, et que lui-même n'invoqua aucun précédent. Mais voici la véritable difficulté soulevée. Si Napoléon avait été un souverain comme ses prédécesseurs, il aurait pu invoquer leurs précédents : mais il n'était qu'un parvenu. Il avait dû contracter un mariage civil, il avait eu affaire aux lois civiles, il ne pouvait donc dissoudre son mariage que par une procédure civile. Il a adopté une procédure politique, cette procédure est inopérante, il a eu tort, il est bigame, etc....

Je crois que je n'ai point affaibli en la précisant cette redoutable difficulté de principes, et que l'on ne saurait plus naïvement se laisser enfermer dans un dilemme. Comment Napoléon a-t-il pu se laisser prendre à ce piège juridique ? Faut-il croire, comme disait le Censeur de 1817, qu'il n'était qu'un homme à courtes vues ? Ou bien, peut-être, est-ce nous qui serions myopes ?

Je ne vois que deux moyens de sortir de cette difficulté. Le premier, ce serait de dénouer le lien civil par un acte d'or-

---

l'autorité ecclésiastique fut celle que Pascal II accorda au roi de France vers la fin du onzième siècle. Les princes n'eurent recours au pape que parce qu'il leur parut inconvenant de se dispenser eux-mêmes des lois qu'ils avaient établies ; mais ils n'en conservèrent pas moins leurs droits. »

1. — *Le Divorce de l'Empereur et le Code Napoléon*, pp. 13 et 14.

dre civil. Cet acte d'ordre civil, en raison de la loi de 1803, ne pouvait être que le jugement d'un tribunal civil. Mais il est admis par tous que le Sénat n'a point agi comme tribunal, et d'autre part, nous avons constaté qu'aucune tentative ne fut faite pour engager une procédure civile, d'ailleurs impossible à tous points de vue. Ce moyen est donc écarté.

Reste le second, qui serait de faire passer le statut personnel de Napoléon, de l'ordre civil où il était en tant que citoyen général Bonaparte, dans l'ordre politique où il pouvait se trouver en tant que souverain, Empereur des Français, Roi d'Italie. Alors il serait logique que son statut personnel, étant passé dans l'ordre politique, fût soumis à des décisions et à des principes du même ordre politique. Si donc nous pouvions établir qu'il a réussi à faire passer son statut personnel dans l'ordre politique, et que d'autre part le Sénatus-consulte du 16 Décembre 1809 est bien un acte de législation politique, alors je crois que nous aurions satisfait aux exigences pratiques et théoriques de la situation qui serait devenue régulière, en tant que cette migration d'un statut d'ordre en ordre est elle-même régulière. Je conviens qu'il nous serait assez difficile de trouver des précédents, parce que les cas sont relativement rares d'un citoyen devenu souverain, chef d'une monarchie et fondateur d'une dynastie. Mais enfin, s'il n'y a pas de précédent bien connu, il n'en sera que plus intéressant de chercher par quel moyen original Napoléon a résolu ce problème de stratégie juridique. En termes militaires, cela s'appellerait changer sa ligne d'opération, une de ses manœuvres les plus habituelles à la guerre. J'ai des raisons de croire que ce fut également une de ses manœuvres habituelles en politique; il excellait à transporter subtilement les problèmes d'un ordre de lois dans un autre: voyons comment il a pu procéder.

D'avance, nous pouvons croire que ce ne fut point d'une manière violente: « Vous savez, écrivait-il à Talleyrand, qu'il est assez dans mes principes de suivre la marche que

tiennent les poètes pour arriver au développement d'une action dramatique, car ce qui est brusque ne porte pas à vrai » (1).

Si, à son retour d'Egypte, le général Bonaparte, blessé au cœur par les confidences de Junot dans le désert de Syrie, avait voulu rompre les liens qui l'attachaient à Joséphine, son divorce aurait été civil. Il se fût accompli suivant les formes de la loi de 1792. Rien n'eût été plus facile, car il suffisait de l'intervention d'un officier de l'état civil, et l'âme simple de Savary aurait été satisfaite. Rien n'eût été plus naturel, puisque le général Bonaparte n'était alors qu'un simple citoyen. Rien n'eût été plus régulier, puisque nous aurions vu la modification d'un acte de l'ordre civil par un autre acte de l'ordre civil.

Mais dès 1800, lorsque le Premier Consul eut remplacé le général, la situation aurait pu changer. Je ne saurais dire très exactement quelle eût été à cette époque la procédure régulière de son divorce, et d'ailleurs la question ne se posait point en fait, bien qu'elle fût déjà discutée publiquement. Ce que je sais, c'est que dès 1804 le statut personnel de l'Empereur des Français avait été tellement modifié, que déjà sa loi personnelle n'était plus celle du commun peuple ni la loi civile, et que son statut personnel cessa d'être civil, pour devenir partiellement politique, par l'effet du Sénatus-consulte organique du 28 Floréal an XII (18 Mai 1804). Il suffira d'en donner ici quelque exemple, sans entrer dans le détail : voyons l'adoption.

D'après l'art. 343 du Code civil récemment promulgué (2 Avril 1803), « l'adoption n'est permise qu'aux personnes de l'un ou de l'autre sexe âgées de plus de cinquante ans, qui n'auront, à l'époque de l'adoption, ni enfants, ni descendants

---

1. — A Talleyrand, 13 Avril 1805.

légitimes, et qui auront au moins quinze ans de plus que les individus qu'elles se proposent d'adopter ». D'après l'art 344, « nul époux ne peut adopter qu'avec le consentement de l'autre conjoint, hors le cas de l'art. 366 (tuteur officieux) ». Voilà donc la loi commune civile.

Voici maintenant l'art. 4 du Sénatus-consulte organique du 16 Mai 1804: « Napoléon Bonaparte peut adopter les enfants ou petits-enfants de ses frères, pourvu qu'ils aient l'âge de dix-huit ans accomplis, et que lui-même n'ait point d'enfants mâles au moment de l'adoption ». On voit que, par une dérogation évidente aux règles civiles, Napoléon Bonaparte, Empereur des Français, est dispensé des conditions d'âge et de consentement du conjoint pour l'adoption, et qu'une règle nouvelle est faite pour lui: « n'avoir point d'enfants mâles ». Cette disposition lui est si nettement personnelle que, par le § 4 du même article, « l'adoption est interdite aux successeurs de Napoléon Bonaparte et à leurs descendants » (1). Ce sont bien là des dispositions de statut personnel, qui sont normalement d'ordre civil ou domestique, mais qui sont devenues pour lui d'ordre politique, par la Constitution de 1804.

D'autre part, nous voyons par le titre III que le statut personnel des membres de la famille impériale, dans l'ordre de l'hérédité, a subi des modifications analogues :

ART. 9.— Les membres de la famille impériale, dans l'ordre de l'hérédité, portent le titre de princes français. (Joseph, Louis, leurs descendants).

ART. 10.— Un Sénatus-consulte règle le mode d'éducation des princes français. (Voir Titre III du Statut du 30 Mars 1806).

ART. 12.— Ils ne peuvent se marier sans l'autorisation de l'empe-

---

1. — DUVERGIER, *op. cit.*, XIII, p. 1.

reur. (Cela est évidemment contraire aux dispositions du droit commun qui n'exige jamais le consentement ni l'autorisation du frère ou de l'oncle, etc.)

ART. 13.— Les actes qui constatent la naissance, les mariages et les décès des membres de la famille impériale sont transmis sur un ordre de l'Empereur au Sénat, qui en ordonne la transcription sur ses registres et le dépôt dans ses archives. (C'est la constitution d'un état-civil distinct de l'état-civil commun).

Par ces seuls exemples, on comprend bien toute la portée de cette phrase de Portalis dans les motifs du Sénatus-consulte de 1804 : « La puissance impériale est déferée à Napoléon et à sa famille... Quand on défère la suprême magistrature à un chef et à sa famille, il y a une grande distance entre ce chef, les membres de sa famille et les citoyens ordinaires » (1). Et je crois que l'on comprendra déjà combien il eût été ridicule, dès 1804, de prétendre juger un acte d'adoption de Napoléon d'après le code, de prétendre que les actes de l'état-civil portés au Sénat fussent irréguliers pour n'avoir pas été inscrits à la mairie du 1<sup>er</sup> arrondissement, et de prétendre, en un mot, juger par des principes de l'ordre civil ce qui était d'ordre politique.

Mais il faut aller plus loin encore dans ces prérogatives attribuées à l'Empereur, car l'art. 14 lui donne un pouvoir dont il fera bientôt un usage fort important :

ART. 14.— Napoléon Bonaparte établit, par des statuts auxquels ses successeurs sont tenus de se conformer : 1<sup>o</sup> Les devoirs des individus de tout sexe, membres de la famille impériale envers l'empereur...

---

1. — LALLEMENT, *op. cit.*, XVIII, pp. 451 et 452.

Napoléon est donc autorisé par la Constitution à modifier par un statut les rapports établis par le droit commun entre l'Empereur et les membres de la famille impériale : cette disposition est fort importante, car elle explique le Statut de 1806, devenu pièce capitale dans toute cette affaire.

Ajoutons enfin que, par l'art. 15 de la Constitution, il est dit que « l'empereur pourra fixer le douaire de l'impératrice et l'assigner sur la liste civile. Ses successeurs ne pourront rien changer aux dispositions qu'il aura faites à cet égard ». Si nous remarquons que le Sénatus-consulte de dissolution du mariage, en 1809, fixe précisément le douaire sur le trésor de l'Etat (art. 3), en stipulant (art. 4) que « toutes les dispositions qui pourront être faites par l'empereur en faveur de l'impératrice Joséphine, sur les fonds de la liste civile, seront obligatoires pour ses successeurs », il apparaîtra sans doute que le Sénatus-consulte de 1809 traitait bien là d'une matière politique, formellement prévue dans l'acte des constitutions, et dont les tribunaux civils ne pouvaient point connaître. Peut-être même pourra-t-on en tirer cette conclusion supplémentaire que Napoléon n'était pas absolument un homme à courte vue, puisqu'il prévoyait dès 1804 des actes de 1806 et de 1809 : cela était d'ailleurs conforme à son principe constant d'être toujours de deux ans en avance sur les événements (1).

---

1. — Ses prévisions dépassaient bien souvent cette limite de deux ans. Ainsi la convocation de la garde nationale fut faite en 1809 pour la première fois, afin de défendre Anvers. « J'ai eu, écrivait-il, la pensée de former les cadres des gardes nationales de France, d'abord pour servir dans les cas pareils à ceux qui se sont présentés, mais surtout pour donner une direction à l'esprit national dans les temps de crise. Je n'avais jugé cette opération faisable que dans la quinzième année de mon règne. J'ai avancé mon système pour avoir une masse d'hommes attachés, titrés, pour en tirer des officiers... ». *A. Fouché, Schœnbrunn, 26 Septembre 1809.*

Résumons: 1° Par la Constitution de 1804, le statut personnel de Napoléon Bonaparte a cessé d'être le statut personnel d'ordre civil des citoyens français: il est déjà au-dessus des lois.

2° Le statut personnel des membres de la famille impériale est sur certains points différent du statut personnel des Français, et pourra être modifié par des statuts émanant de Napoléon Bonaparte.

3° Il serait contraire aux principes que les tribunaux civils connussent des matières d'ordre politique, telles que le douaire de l'impératrice, par exemple.

Voyons ce que tout cela est devenu dans le Statut du 30/31 Mars 1806.

## CHAPITRE VI

---

### Le Statut du 30 Mars 1806. La Maison Impériale et l'article 7.

Art. 7. — Le divorce est interdit aux membres de la *maison* impériale de tout sexe et de tout âge.

Art. 8. — Ils pourront néanmoins demander la séparation de corps. Elle s'opérera par la seule autorisation de l'Empereur, sans forme ni procédure.

LE STATUT DE 1806.

Entre le Sénatus-Consulte du 18 Mai 1804 qui donne à Napoléon les premiers éléments d'un statut personnel d'ordre politique, et le Sénatus-Consulte du 16 Décembre 1809 qui prononce la dissolution du mariage impérial, le Statut du 30 Mars 1806 est l'acte intermédiaire et nécessaire qu'il faut étudier avec soin pour en saisir toute la portée. Si elle a été méconnue, c'est que le texte en a été communément falsifié, dans je ne sais quel but, et par je ne sais quelle inadvertance (1).

L'histoire, toujours informée, en a bien vu tout l'intérêt. « Aucune disposition de ce décret ne touche à la question de compétence du Sénat, mais il y a un article (l'article 7) qui donne une solution très importante sur le fond du droit. Par l'article que je viens de citer, le divorce est interdit aux

---

1. — Cette pièce est si importante que j'ai cru devoir en donner le texte en appendice.

membres de la *famille* impériale de tout âge et de tout sexe. La justice aurait été arrêtée par cette disposition ; elle l'aurait au moins discutée... » (1). Certes, la justice l'aurait discutée ! Et, s'il est une chose à regretter, c'est précisément que la justice ne l'ait point discutée. Car elle aurait vérifié le texte avant de l'appliquer, et cela nous aurait évité cent ans d'erreur.

Voici donc le raisonnement commun. Par l'art. 7, le divorce est interdit aux membres de la *famille* impériale de tout sexe et de tout âge. Or, Napoléon fait bien partie de la famille, puisqu'il en est déclaré par l'article premier, « le chef et le père commun. » Donc, le divorce lui est interdit, et son divorce est illégal.

Oui, cela serait vrai si le texte était exact. Mais, s'il est faux, la conclusion sera également fausse. Or, voici le texte donné par Duvergier, qui l'a emprunté au Bulletin des lois, identique au texte donné par Martens qui l'a emprunté au Moniteur : Art. 7 : » *Le divorce est interdit aux membres de la maison impériale de tout sexe et de tout âge.* » Je lis *maison* et non *famille*, et je crois que cette différence n'est pas sans intérêt, parce qu'il est possible que l'empereur fasse partie de sa *famille* et ne fasse point partie de sa *maison* (2).

---

1. — *Le Divorce de l'Empereur et le Code Napoléon*, p. 8, sans indication de source.

2. — DUVERGIER, *op. cit.*, XV, p. 391. MARTENS, *Recueil de traités*, VIII, p. 437. Je n'ai aucune raison de suspecter la bonne foi de ces deux auteurs qui ont puisé leur commun texte à des sources différentes, et ne saurais dire actuellement à qui incombe la responsabilité de cette traduction erronée de l'art. 7 : elle ne prend au surplus d'importance que par les conséquences que l'on en déduit. Du moins, suis-je certain qu'elle ne peut être attribuée à aucun auteur moderne, car on en trouve la trace dès la Restauration. Il y eut vers 1820 une floraison inouïe de textes falsifiés et de commentaires juridiques mal informés : l'étude de Dupin sur l'affaire du

Je pense, d'autre part, que cette rectification mérite d'être faite, car l'erreur n'est point accidentelle. C'est ainsi que l'art. 14. du Statut conférant à l'archi-chancelier de l'Empire les fonctions d'officier de l'état civil, « par rapport à nous et aux princes et princesses de notre *maison* », se traduit : « l'archi-chancelier remplira par rapport à nous et aux princes et princesses de notre *famille* les fonctions de l'officier de l'état civil... ». Rien n'est plus troublant que cette persévérance à falsifier un texte de loi pour confondre deux mots que le Statut distingue : *famille* et *maison*. Quelle est l'importance de cette distinction ?

Voici d'abord deux textes parallèles pour montrer comment s'est faite la substitution du mot *maison* au mot *famille*, seul employé en 1804 :

ARTICLE 14  
de l'acte des Constitutions du  
28 Floréal an XII (1804).

Napoléon Bonaparte établit,  
par des statuts auxquels ses  
successeurs sont tenus de se  
conformer :

1<sup>o</sup> les devoirs des individus  
de tout sexe, membres de la  
*famille* impériale envers l'Em-  
pereur...

STATUT DU 30 MARS 1806

N.... L'article 14 de l'acte des  
Constitutions du 28 Floréal an  
XII porte que nous établirons  
par des statuts, auxquels nos  
successeurs seront tenus de se  
conformer, les devoirs des in-  
dividus de tout sexe, membres  
de la *maison* impériale, envers  
l'empereur(1).

---

duc d'Enghien en est le type et les historiens modernes l'ont reproduite avec confiance. En vérité, chacun peut tomber dans l'erreur sur la foi des autorités. Je veux seulement dire que l'histoire napoléonienne a été trop souvent sophistiquée pour qu'il soit prudent de l'étudier autrement que sur textes et il serait à souhaiter que cette monstruosité d'un texte faux d'une loi disparût de nos livres d'histoire les plus importants.

1. — DUVERGIER, *op. cit.*, XV, p. 2. Il renvoie lui-même au Statut du 30 Mars 1806, XV, p. 390.

Ainsi dans deux textes officiels, dérivés l'un de l'autre, un seul mot a été modifié, — le mot *maison* mis à la place de *famille*.

Voici maintenant deux textes, voisins dans le Statut, pris l'un à la suite de l'autre, pour montrer la différence de sens qui s'établit entre les deux mots :

TITRE IV.— Du pouvoir de surveillance, de discipline et de police que l'empereur exerce dans l'intérieur de sa *famille*.

ART. 30.— Les princes et princesses de la *maison* impériale, quel que soit leur âge, ne peuvent sans l'ordre ou le congé de l'empereur, sortir du territoire de l'empire, ni s'éloigner de plus de quinze myriamètres (trente lieues) de la ville où la résidence impériale se trouve établie.

On voit que la maison impériale est un groupement plus étroit que la famille impériale, et compris « dans l'intérieur de la famille ». Qu'est-ce donc que cette maison impériale soumise à l'autorité de l'empereur ?

Il faut d'abord bien distinguer la *maison impériale* que nous étudions, des *maisons* sans qualificatif.

Ainsi on trouve dans le statut le mot *maison* dans le sens de cour, de domesticité, à l'article 32 : obligation pour les princes d'éloigner des personnes suspectes sur l'ordre de l'Empereur « encore qu'elles ne fassent point partie de leur *maison* ».

On le trouve aussi dans le sens large, héraldique : se dévouer « aux grands intérêts de la patrie et à la gloire de *notre maison* », dit le préambule.

Enfin, on le trouve dans son sens précis, technique et juridique de *maison impériale*, si spécial qu'il parut nécessaire de le définir par un article entier, qui est l'art. 3.

ART. 3. — La maison impériale se compose :

1<sup>o</sup> Des princes compris dans l'ordre d'hérédité établi par l'acte des constitutions du 28 Floréal an XII, de leurs épouses, et de leur descendance en légitime mariage ;

2<sup>o</sup> Des princesses nos sœurs, de leurs époux et de leur descendance en légitime mariage, jusqu'au cinquième degré inclusivement ;

3<sup>o</sup> De nos enfants d'adoption et de leur descendance légitime.

Est-ce que l'Empereur fait partie de cette maison impériale, ainsi définie dans son sens juridique ? Nullement. D'abord, il ne peut évidemment point se trouver compris dans les paragr. 2 et 3 : princesses nos sœurs et nos enfants d'adoption. Est-il un des princes compris dans l'ordre d'hérédité du paragr. 1 ? Pas davantage, car ces princes sont ceux qui portent officiellement le titre de *princes français* (art. 9 de la Constitution de 1804), tandis que Napoléon porte officiellement celui d'*Empereur des Français* (art. 1<sup>er</sup> de la Constitution) (1). Le texte même de l'article 3 du Statut distingue d'ailleurs très nettement entre les enfants *des princes* prévus au § 1. et *nos enfants* d'adoption prévus au § 3.

Napoléon n'est donc pas un prince français compris dans l'ordre d'hérédité, faisant partie de la maison impériale, et

---

1. — Cf. DUVERGIER, *op. cit.*, XV, p. 1. Art. 1<sup>er</sup>. Le Gouvernement de la République est confié à un Empereur qui prend le titre d'Empereur des Français.— Art. 9. Les membres de la famille impériale, dans l'ordre d'hérédité, portent le titre de princes français.— L'article 11 porte que les princes français sont membres du Sénat à 18 ans, l'article 12 qu'ils ne peuvent se marier sans l'autorisation de l'Empereur, etc., toutes choses qui écartent absolument l'idée que Napoléon puisse être considéré comme un prince français compris dans l'ordre d'hérédité.

cette différence indiquée dans l'article 3, s'accroît peu à peu dans le texte entier du Statut. Il dit, par exemple, au préambule et art. 14, que les fonctions d'officier de l'état-civil sont confiées à l'archichancelier de l'empire « par rapport à nous et aux princes et princesses de notre maison ». Enfin la distinction est encore plus sensible lorsque l'Empereur doit approuver les actes des princes et princesses de la maison impériale :

ART. 4.— Le mariage des princes et princesses de la maison impériale, à quelque âge qu'ils soient parvenus, sera nul et de nul effet, de plein droit, et sans qu'il soit besoin de jugement, toutes les fois qu'il aura été contracté sans le consentement formel de l'Empereur. Ce consentement suffira seul et tiendra lieu de dispense d'âge et de parenté, dans tous les cas où ces dispenses sont nécessaires.

ART. 6.— Les conventions matrimoniales des princes et princesses de la maison impériale sont nulles, si elles ne sont approuvées par l'Empereur, sans que dans ces cas les parties puissent exciper des dispositions du Code civil, lesquelles n'auront point lieu à leur égard.

Ce qui nous amène naturellement aux articles 7 et 8 :

ART. 7.— Le divorce est interdit aux membres de la maison impériale de tout sexe et de tout âge.

ART. 8.— *Ils* pourront néanmoins demander la séparation de corps. Elle s'opérera par la seule autorisation de l'empereur, sans forme ni procédure.

*S'ils* doivent avoir l'autorisation de l'empereur, c'est qu'ils ne sont pas l'empereur.

En conséquence, je crois que ce n'est que pas une modification évidente du texte que l'on a pu dire que le divorce était interdit à Napoléon et aux membres de sa famille : il

n'est interdit qu'aux membres de la maison et, dans l'art. 7, rien ne s'oppose à ce que Napoléon divorce. Cela n'a aucune importance pratique, puisqu'il n'a pas divorcé ; mais enfin, s'il l'avait voulu, cet art. 7 n'y eût fait aucun obstacle, et il n'apporte aucune solution importante sur le fond du droit, en ce qui concerne la dissolution de son mariage. La solution importante est ailleurs, dans le même Statut.

## CHAPITRE VII

---

### Le Statut du 30 Mars 1806. La Famille Impériale et le Droit Politique.

Nous avons posé les principes sur lesquels doit reposer le statut constitutionnel qui formera la loi de notre famille.

LE STATUT DE 1806.

Ayant établi que l'Empereur ne fait pas partie de la *maison impériale*, je n'aurai aucune peine à établir qu'il fait partie de la *famille impériale*. Cela résulte de l'article 1<sup>er</sup> du Statut : « L'empereur est le chef et le père commun de sa famille ». Cela n'est nullement contesté : s'il est le père de sa famille, il en fait certainement partie, dit fort justement M. Colmet de Santerre. Quelles en sont les conséquences ? La conséquence générale, c'est que tout ce qui sera dit loi de la famille sera aussi loi de l'Empereur, sauf ce qui aura été spécialement déclaré loi de la maison impériale : là est tout le mécanisme du Statut constitutionnel de 1806 et toute sa subtilité. Toute son utilité, c'est de donner à l'Empereur le bénéfice des dispositions de famille, en le dispensant des charges et obligations spéciales à la maison. En observant bien cette distinction fondamentale, examinons le préambule du Statut de 1806.

Duvergier, dans son Recueil, donne pour titre : *Statut sur l'état de la famille impériale* et renvoie au Bulletin des Lois, N° 1432. De Martens donne pour titre : *Statut formant*

*loi de la famille de S. M. l'Empereur des Français, présenté au Sénat pour être transcrit sur ses registres en date du 31 Mars 1806* et il renvoie au Moniteur de 1806, N<sup>o</sup> 91. De ces titres, il résulte que la loi de famille est constitutive d'un état ou statut spécial à la famille impériale, distinct de celui des autres Français, et non pas seulement d'un *état civil*, comme on le dit habituellement. L'erreur est d'autant plus grave qu'il est à peine question des actes de naissance ou de décès constituant l'état-civil proprement dit. Quoi qu'il en soit, d'après le titre, la loi s'applique à toute la famille, donc à Napoléon, sauf lorsqu'il en dispose autrement par restrictions spéciales, et c'est précisément pour déterminer ces restrictions que fut introduit le mot nouveau *maison impériale*.

Napoléon, par la grâce de Dieu et les constitutions de l'Etat, empereur des Français et roi d'Italie, à tous présents et à venir, salut :

L'article 14 de l'acte des constitutions du 28 Floréal an XII porte que nous établirons par des statuts auxquels nos successeurs seront tenus de se conformer, les devoirs des individus de tout sexe, membres de la *maison impériale*, envers l'empereur.

Pour nous acquitter de cette importante obligation, nous avons considéré, dans son objet et dans ses conséquences, la disposition dont il s'agit, et nous avons pesé les *principes* sur lesquels doit reposer le *statut constitutionnel* qui formera la loi de notre famille.

Ainsi ce statut, dont le caractère n'est pas autrement déterminé, est qualifié de statut constitutionnel, et les dispositions qu'il contient sont d'ordre constitutionnel. Nous sommes donc déjà bien éloignés du statut civil commun, et il ne nous manque plus que le mot « politique » pour être nettement hors de l'ordre civil. Nous y arriverons peu à peu.

L'état des princes appelés à régner sur ce vaste empire et à le fortifier par des alliances ne saurait être absolument le même que celui des autres Français.

Leur naissance, leurs mariages, leur décès (1), les adoptions qu'ils pourront faire, intéressent la nation tout entière et influent plus ou moins sur ses destinées.

Voilà qui nous prépare habilement à la constitution d'un état distinct de celui des autres Français. Est-ce que cela s'applique à Napoléon ? A coup sûr. Les princes ici visés ne sont ni les princes français de la maison, ni ceux de l'ordre de l'hérédité ; la différence de qualification l'établit assez, mais il semble que la phrase suivante soit ajoutée pour enlever tout doute à ce sujet. On y parle « des adoptions qu'ils pourront faire ». Or, qui peut adopter ? Une seule personne, Napoléon Bonaparte seul, non point même l'empereur, mais Napoléon, dit l'art. 4, § 4 de la Constitution (2) : « L'adoption est interdite aux successeurs de Napoléon Bonaparte et à leurs descendants. » Les non-successeurs et Napoléon peuvent seuls adopter. Donc, du moment qu'il est parlé dans la phrase d'une adoption possible par des princes appelés à régner sur le vaste Empire, c'est que cette phrase s'applique à Napoléon et qu'il est compris parmi ces princes. Cela donne même un intérêt tout nouveau à ce pluriel : *leurs mariages*, d'autant plus notable que Napoléon est le seul qui fit deux mariages et qu'il les place tous les deux sous l'égide de la loi de famille. Reprenons donc le texte avec la certitude absolue que la phrase sur l'état de ces princes « qui ne saurait être absolument celui des autres Français », s'applique bien à l'état de Napoléon.

Comme tout ce qui concerne l'existence sociale de ces princes appartient *plus au droit politique qu'au droit civil*, les dispositions

- 
1. — Duvergier écrit : leur naissance, leurs mariages, *leurs* décès. — Martens écrit : leur naissance, leurs mariages, *leur* décès. La leçon de Martens me semble seule correcte.
  2. — Sénatus-consulte organique du 28 Floréal an XII (18 Mai 1804).

de celui-ci ne peuvent leur être appliquées qu'avec les modifications déterminées par la raison d'Etat....

Voilà donc enfin le mot que nous cherchions. Tout ce qui concerne l'existence sociale de ces princes y compris Napoléon, c'est-à-dire leur naissance, leurs mariages, les adoptions, les séparations de corps, etc., tout cela appartient *plus au droit politique qu'au droit civil*. Il semble qu'on entende Montesquieu cherchant lui-même à savoir *bien* à quel ordre de lois se rapportent *principalement* les choses sur lesquelles Napoléon statue. Et ici la conclusion est nette : ces choses appartiennent plus au droit politique qu'au droit civil, et l'on ne peut donc pas leur appliquer les règles du droit civil du commun des Français.

Quelles règles leur appliquera-t-on ? Le statut constitutionnel le dit, on leur appliquera des dispositions du code civil modifiées spécialement pour ces princes, par raison d'Etat : « Les dispositions du droit civil ne peuvent leur être appliquées qu'avec les modifications déterminées par la raison d'Etat. »

Ces règles sont-elles précisées ? Ici, il faut distinguer. Oui, elles sont précisées pour les membres de la maison impériale, mais elles ne le sont pas toutes pour Napoléon.

Ainsi, le Statut de 1806 précise art. 5, 6, 7, 8..., etc., que la séparation de corps leur est permise, qu'elle sera prononcée par décision de l'Empereur sans autre forme, que les actions purement personnelles exercées par eux ou contre eux ne seront pas soumises aux tribunaux ordinaires, mais au conseil de famille, etc. Cela est spécial à la maison.

D'autre part, un certain nombre de dispositions sont communes à nous et à notre maison : telles sont, par exemple, celles qui règlent les fonctions d'officier de l'état civil conférées à l'archi-chancelier de l'Empire ; elles concernent donc l'Empereur.

D'autres enfin, spéciales à l'Empereur sont fixées, telles que celles qui sont relatives à son testament et au douaire de l'Impératrice.

Mais la disposition qui concerne la dissolution du mariage, celle qui nous intéresse seule ici, celle-là n'est pas précisée dans le Statut de 1806. Il n'y a aucun article qui concerne le « divorce » de l'Empereur. Cette question reste soumise aux principes généraux posés dans le préambule : elle appartient plus au droit politique qu'au droit civil, elle sera réglée par des dispositions du droit civil modifiées par la raison d'Etat. Ces modifications ne sont pas ici déterminées : elles seront telles que les imposera la raison d'Etat, lorsque la raison d'Etat imposera la dissolution du mariage. Mais la chose certaine dès à présent, c'est que ce n'est pas la procédure civile pure qui devra constitutionnellement s'appliquer à la dissolution du mariage de l'Empereur.

Ainsi, chose curieuse, la procédure civile qui est celle que l'histoire prétend imposer à Napoléon, est précisément la seule qui lui soit interdite en principe, comme elle est d'ailleurs interdite aux princes de la maison impériale par l'art 33 ; de sorte que l'on comprendra maintenant pourquoi les pièces officielles ne présentent aucune trace de cette procédure.

La procédure, qui n'est pas déterminée en 1806, sera inspirée par les dispositions du droit civil « avec les modifications déterminées par la raison d'Etat ». Or, la raison d'Etat ne peut s'exprimer que par la voix de Napoléon, et les déclarations officielles de Napoléon et de Joséphine qui précèdent le divorce ne sont pas autre chose que l'expression de cette raison d'Etat. On comprendra donc pourquoi il ne s'y trouve aucune raison personnelle, et pourquoi Cambacérès, ayant reçu le consentement mutuel, disposition du droit civil, reçoit cependant « le pouvoir de suivre l'effet des *volontés* impériales... partout où besoin serait... en vue de la dissolution du

mariage... modifications déterminées par la raison d'Etat. (1)

Je crois qu'il n'est pas dans l'histoire napoléonienne de manœuvre militaire plus subtile et plus décisive à la fois que cette manœuvre juridique. Pour reprendre l'expression que j'ai déjà employée, avant 1806 sa ligne d'opération était peut-être du droit civil; par l'effet du statut de 1806, elle est de droit politique, et l'affaire de la dissolution de son mariage a passé, par un statut constitutionnel, de l'ordre civil dans l'ordre politique. A mon avis, tel fut l'unique but du Statut de 1806, et je crois que toutes nos discussions depuis cent ans sur le divorce impérial viennent de ce que les commentateurs ont raisonné sur un texte falsifié ou mal compris de l'article 7. (2)

- 
1. — « Partout où besoin serait » vise la procédure politique du Sénat, et tacitement la procédure canonique dont je ne m'occupe pas ici.
  2. — M. F. MASSON cite très exactement le texte de l'article 7 (*op. cit.* p. 75). M. WELSCHINGER le cite exactement à la page 38. Mais à la page 63, il dit que Joséphine « rappelait que l'article 7 du Statut de 1806 avait stipulé que le divorce était interdit aux princes et princesses de la famille impériale. » Il se peut que Joséphine l'ait ainsi compris, ou qu'on le lui ait ainsi expliqué pour la rassurer; mais c'est une erreur, et c'est peut-être l'origine de bien des légendes historiques à propos du « divorce » de l'Empereur.

## CHAPITRE VIII

---

### Le Sénatus-Consulte du 16 Décembre 1809.

« La garantie des droits de la société place absolument la pratique du dogme de la souveraineté du peuple dans le Sénat...  
... Il faut fermer la place publique aux Gracques. »

LA COMMISSION DU SÉNAT (1).

Si un Sénatus-Consulte avait statué sur le divorce de deux particuliers, il y aurait eu confusion de principe absolument irrégulière. Mais ici, l'affaire en cause est la dissolution d'un mariage pour raison politique, seule invoquée, le statut de l'Empereur étant d'ordre politique. Dans ces conditions, à défaut d'une procédure établie qui n'existait pas puisque la situation de l'Empereur n'a pas eu de précédents, dans ce doute, au moins apparent, qui oblige de donner à Cambacérès « le pouvoir de suivre l'effet des volontés impériales partout où besoin serait et près de qui il appartiendrait », dans une circonstance aussi exceptionnelle, en un mot, je crois que le mieux était de « poser les principes », comme fit Napoléon en 1806, puis, en les suivant, de statuer dans l'ordre politique par un acte de l'ordre politique. Cet acte fut un Sénatus-Consulte rendu par le Sénat seul. Le Sénat, à lui seul, était-il compétent pour légiférer dans l'ordre politique ?

A une question aussi nette, il faut une réponse non moins

---

1. — *Rapport de la Commission du Sénat sur le projet de Sénatus-Consulte organique de la Constitution, 16 Thermidor an X.*

nette. La voici, un peu longue, mais précise et tirée d'un commentaire officiel de la Constitution de 1802 (1) :

« Dans le pouvoir législatif, disait la Commission, il faut distinguer deux branches, dont la division dans l'exercice est non moins essentielle que la division des autorités administrative et judiciaire, qui dérivent toutes deux du pouvoir exécutif. Ces deux branches du pouvoir législatif sont la *législation politique* et la *législation civile*.

« La législation civile règle les intérêts que l'association forme entre les membres considérés comme individus; elle comprend le consentement à l'impôt... et les règlements locaux qui excèdent le pouvoir administratif.

« La législation politique s'applique aux actes de la souveraineté. Le corps de la nation a un *moi* personnel. Les jugements de ce *moi*, pour sa conversation, ne peuvent être remis au même corps [ législatif ] dont la constitution est d'être sévère sur les sacrifices que chaque citoyen doit à l'Etat, ce qui est toujours en quelque sorte contre la personne morale de la nation.

« Cette division que la nature du gouvernement républicain y rend plus indispensable, paraît exister dans la Constitution [ de l'an VIII ], mais elle n'y existe que dans le nom des corps qu'elle institue. *Le projet présenté l'exécute cette division : il fait entrer dans le domaine du Sénat la législation politique.* »

En résumé, est-il dit, la législation civile appartient au Corps législatif, mais la législation politique est donnée volontairement au seul Sénat. En conséquence, le Sénat, unique législateur politique, statua régulièrement seul sur la dissolu-

1. — Rapport fait au Sénat conservateur sur le projet de Sénatus-Consulte organique de la Constitution du 16 Thermidor an X, accepté le même jour. LALLEMENT, *op. cit.* XVIII, p. 255.

tion du mariage, acte de l'ordre politique, voulu, décidé et accepté pour des raisons politiques.

Voilà ce que disent les textes, et il me semble difficile de conclure autrement quand on les a étudiés et que l'on a suivi l'enchaînement logique des dates, des faits, des principes et des décisions. Il me reste à dire quelques mots des dispositions accessoires du Sénatus-Consulte de 1809 relatives au douaire.

De la dissolution du mariage résultait l'obligation de fixer le douaire de l'impératrice, et l'art. 15, paragr. 3 de la Constitution de 1804 avait déjà marqué le caractère politique de cette mesure : « L'empereur pourra fixer le douaire de l'impératrice, et l'assigner sur la liste civile ; ses successeurs ne pourront rien changer aux dispositions qu'il aura faites à cet égard ». Cela se retrouve textuellement dans l'art. 4 du Sénatus-Consulte de 1809. Toutefois, l'art. 3 aurait pu soulever discussion : « Son douaire, disait-il, est fixé à une rente annuelle de deux millions de francs *sur le trésor de l'Etat* ». Etait-il de la compétence du Sénat de grever ainsi, non la liste civile, mais le Trésor de l'Etat ?

Il semble que ce soit à cette préoccupation que nous devons attribuer les dispositions spéciales du Statut de 1806 : « Nous avons aussi commis à l'archi-chancelier le soin de recevoir le testament de l'empereur et le statut qui fixera le douaire de l'impératrice. *Ces actes, ainsi que ceux de l'état civil, tiennent de si près à la maison impériale et à l'ordre politique, qu'il est impossible de leur appliquer exclusivement les formes ordinairement employées pour les contrats et pour les dispositions de dernière volonté.* »

L'idée d'un douaire réglé par contrat aurait dû faire prévoir une dissolution du mariage par autre cause que la mort, et la grande habileté de ce texte fut d'associer si étroitement l'idée de mort à celle de douaire qu'on ne les sépara point.

Mais sa grande utilité fut de proclamer que la constitution de ce douaire tenait à l'ordre politique, de le tirer hors de l'ordre civil et d'en faire ainsi matière de législation politique, dans la compétence du Sénat.

Organe de la raison d'Etat, maître du Sénat maître lui-même de l'interprétation et de la législation politique, l'Empereur agit dans l'ordre politique au-dessus des lois du commun des Français. Il est puéril de méconnaître cette situation, créée par la Constitution même, et de prétendre tirer de l'ordre des lois civiles des objections inadmissibles dans l'ordre politique.

« Après tout cela, écrivait Napoléon en 1809, je ne sais plus ce que l'on veut : je ne puis détruire des chimères et combattre des nuages » (1). J'ai vainement cherché, textes en mains, le point faible de ces combinaisons de haute politique et de grande stratégie juridique ; le Statut de 1806 me paraît être la pièce capitale de cette affaire, et je souscris pleinement à ce mot de Taine : « L'avocat, chez lui, est d'ordre aussi éminent que le capitaine et l'administrateur » (2). Toutefois, au lieu de l'avocat, je dirais le juriste, qui sut atteindre, d'emblée et sans efforts, cette faculté de discerner les différents ordres de lois que Montesquieu appelle la sublimité de la raison humaine.

1. *A l'Empereur de Russie*, 31 Décembre 1809.

2. TAINÉ, *Le Régime Moderne*, IX, p. 77.

Dans une précédente étude sur le droit des gens napoléonien, j'étais arrivé à cette conclusion que l'un des principes directeurs de sa politique fut le *Retour au droit naturel*, lorsque le droit positif ou coutumier des gens était violé. Aujourd'hui, je crois pouvoir généraliser un peu et dire que ce principe lui-même n'était qu'une conséquence de la nette et ferme distinction des ordres de lois, doctrine fondamentale de Montesquieu. Cette filiation juridique, bien comprise, éclaire l'histoire : pour l'avoir méconnue, nous n'expliquons plus la logique que par le caprice.

« *An officer, as such, has no idea of divided power* », écrivait le *Times* du 5 Juillet 1821 ; c'était une erreur, ou plus exactement, comme on le disait à l'archiduchesse Marie-Louise à Vienne : « Tout cela était vrai quand il était notre ennemi ; il ne l'est plus aujourd'hui. »

De même, écrivait jadis Stendhal, cité par Taine : « Son éducation avait été fort négligée... Il ignorait la plupart des grandes vérités découvertes depuis cent ans... et précisément celles qui concernent l'homme et la société... Par exemple, il n'avait pas lu Montesquieu comme il faut le lire, c'est-à-dire de façon à accepter ou à rejeter nettement chacun des trente-et-un livre de *l'Esprit des Lois*... ». Cela est bien naïf, pourtant il y a du vrai : Napoléon n'était pas de l'école de ce bon M. de Tracy, qui écrivait si nettement, à la mode de Stendhal : « Il n'y a rien à tirer de ce livre ! ».





## APPENDICE

---

### STATUT

*formant la loi de la famille de S.M. l'empereur des Français  
présenté au Sénat pour être transcrit sur ses registres; en  
date du 31 Mars 1806.*

*Moniteur, 1806, n° 91. (1).*

Napoléon, par la grâce de Dieu et les constitutions de l'Etat, empereur des Français et roi d'Italie, à tous présents et à venir, salut : (2).

L'article 14 de l'acte des constitutions du 28 Floréal an XII, porte que nous établirons par des statuts auxquels nos successeurs seront tenus de se conformer, les devoirs des individus de tout sexe, membres de la maison impériale, envers l'empereur. Pour nous acquitter de cette importante obligation, nous avons considéré dans son objet et dans ses conséquences la disposition dont il s'agit, et nous avons pesé les principes sur lesquels doit reposer le statut constitutionnel qui formera la loi de notre famille.

L'état des princes appelés à régner sur ce vaste empire, et à le fortifier par des alliances, ne saurait être absolument le même que celui des autres Français.

---

1. — *Recueil des principaux traités de Martens* (1835), T. VIII, p. 437.

2. — Voici le titre donné par Duvergier, *op. cit.*, XV. p. 390 :

20 MARS 1806. *Statut sur l'état de la famille impériale.* (IV. Bulletin LXXXI, n° 1432).

Voyez décret du 11 Ventôse an XIII; sénatus-consulte du 16 Décembre 1809; décret du 22 juin 1811.

Leur naissance, leurs mariages, leurs décès, (1) les adoptions qu'ils pourraient faire, intéressent la nation tout entière et influent plus ou moins sur ses destinées ; comme tout ce qui concerne l'existence sociale de ces princes appartient plus au droit politique qu'au droit civil, les dispositions de celui-ci ne peuvent leur être appliquées qu'avec les modifications déterminées par la raison d'état ; et si cette raison d'état leur impose des obligations dont les simples citoyens sont affranchis, ils doivent les considérer comme une conséquence nécessaire de cette haute dignité à laquelle ils sont élevés, et qui les dévoue sans réserve aux grands intérêts de la patrie et à la gloire de notre maison.

Des actes aussi importants que ceux qui constatent l'état civil de la maison impériale doivent être reçus dans les formes les plus solennelles : la dignité du trône l'exige, et il faut d'ailleurs rendre toute surprise impossible.

En conséquence, nous avons jugé convenable de confier à notre cousin l'archichancelier de l'Empire, le droit de remplir exclusivement, par rapport à nous et aux princes et princesses de notre maison, les fonctions attribuées par les lois aux officiers de l'état civil. Nous avons aussi commis à l'archichancelier le soin de recevoir le testament et le statut qui fixera le douaire de l'impératrice. Ces actes ainsi que ceux de l'état civil tiennent de si près à la maison impériale et à l'ordre politique, qu'il est impossible de leur appliquer exclusivement les formes ordinairement employées pour les contrats et pour les dispositions de dernière volonté.

Après avoir réglé l'état des princes et princesses de notre sang, notre sollicitude devait se porter sur l'éducation de leurs enfants. Rien de plus important que d'écarter d'eux, de bonne heure, les flatteurs qui tenteraient de les corrompre, les ambitieux qui par des complaisances coupables pourraient capter leur confiance, et préparer à la nation des souverains faibles, sous le nom desquels ils se promettaient un jour de régner. Le choix des personnes chargées de l'éducation des enfans des princes et

---

1. — Cf. MARTENS. Texte du *Moniteur* : leur décès.

princesses de la maison impériale doit donc être réservé à l'empereur.

Nous avons ensuite considéré les princes et princesses dans les actions communes de la vie. Trop souvent la conduite des princes a troublé le repos des peuples, et produit des déchiremens dans l'Etat. Nous devons armer les empereurs qui régneront après nous, de tout le pouvoir nécessaire pour prévenir ces malheurs dans leurs causes éloignées, pour les arrêter dans leurs progrès, pour les étouffer lorsqu'ils éclatent.

Nous avons aussi pensé que les princes de l'empire, titulaires des grandes dignités, étant appelés par leurs éminentes prérogatives à servir d'exemple au reste de nos sujets, leur conduite devait, à plusieurs égards, être l'objet de notre particulière sollicitude.

Tant de précautions seraient sans doute inutiles, si les souverains qui sont destinés à s'asseoir un jour sur le trône impérial avaient comme nous l'avantage de ne voir autour d'eux que des parens dévoués à leur service et au bonheur des peuples, que des grands distingués par un attachement inviolable à leur personne : mais notre prévoyance doit se porter sur d'autres temps, et notre amour pour la patrie nous presse d'assurer s'il se peut, aux Français, pour une longue suite de siècles, l'état de gloire et de prospérité où, avec l'aide de Dieu, nous sommes parvenus à les placer.

A ces causes, nous avons décrété et décrétons le présent statut auquel en exécution de l'article 14 de l'Acte des Constitutions de l'empire du 28 Floréal an XII, nos successeurs seront tenus de se conformer.

## TITRE I.

### *De l'état des princes et princesses de la maison impériale.*

ART. 1<sup>er</sup>. — L'empereur est le chef et le père commun de sa famille.

A ces titres, il exerce sur ceux qui la composent, la puissance paternelle pendant leur minorité, et conserve toujours à leur égard

un pouvoir de surveillance, de police et de discipline, dont les effets principaux seront déterminés ci-après.

II. — Si l'empereur est lui-même mineur, les droits mentionnés dans l'article précédent appartiennent au régent, qui ne peut les exercer qu'en vertu d'une délibération du conseil de régence, prise dans les cas où il y a lieu d'en faire l'application.

III. — La maison impériale se compose,

1<sup>o</sup> Des princes compris dans l'ordre d'hérédité établi par l'acte des constitutions du 28 Floréal an XII, de leurs épouses et de leur descendance en légitime mariage ;

2<sup>o</sup> Des princesses nos sœurs, de leurs époux et de leur descendance en légitime mariage, jusqu'au cinquième degré inclusivement.

3<sup>o</sup> De nos enfants d'adoption et de leur descendance légitime.

IV. — Le mariage des princes et princesses de la maison impériale, à quelque âge qu'ils soient parvenus, sera nul et de nul effet, de plein droit, et sans qu'il soit besoin de jugement, toutes les fois qu'il aura été contracté sans le consentement formel de l'empereur.

Ce consentement sera exprimé dans une lettre close contresignée par l'archi-chancelier de l'empire. Il suffira seul, et tiendra lieu de dispense d'âge et de parenté, dans tous les cas où ces dispenses sont nécessaires.

V. — Tous les enfants nés d'une union qui n'aurait pas été contractée conformément aux dispositions du précédent article seront réputés illégitimes, sans que ni eux ni leurs père et mère puissent prétendre, en vertu de cette union, aucun des avantages attachés par les lois et usages de certains pays aux mariages dits *de la main gauche* ; lesquels mariages ne sont autorisés ni par le Code civil, ni par les Constitutions de l'Empire, et sont, autant que besoin est, prohibés par le présent statut.

VI. — Les conventions matrimoniales des princes et princesses de la maison impériale sont nulles, si elles ne sont approuvées par l'empereur, sans que, dans ce cas, les parties puissent exciper

des dispositions du Code civil, lesquelles n'auront point lieu à leur égard.

VII. — Le divorce est interdit aux membres de la maison impériale de tout sexe et de tout âge.

VIII. — Ils pourront néanmoins demander la séparation de corps.

Elle n'aura d'effet que quant à l'habitation commune, et ne changera rien aux conventions matrimoniales.

IX. -- Les biens des princes et princesses de la maison impériale dont le père serait décédé seront, pendant la minorité, administrés par un ou plusieurs tuteurs que l'empereur nommera.

X. — Ces tuteurs rendront le compte de tutelle au conseil de famille dont il sera parlé ci-après.

XI. — Le conseil de famille exercera sur le tuteur, en tout ce qui concernera l'administration de la tutelle, une juridiction coactive et contentieuse.

Il remplira pour les actes de tutelle, toutes les fonctions qui, à l'égard des particuliers, sont déléguées par le Code civil aux conseils de famille ordinaires et aux tribunaux.

Néanmoins, les décisions qu'il rendra n'auront d'effet qu'après l'approbation de l'empereur, dans tous les cas où, entre particuliers, les délibérations du conseil de famille sont sujettes à l'homologation des tribunaux.

XII. — Les membres de la maison impériale ne peuvent, sans le consentement exprès de l'empereur, ni adopter, ni se charger de tutelle officieuse, ni reconnaître leurs enfants naturels.

Dans ces cas, l'empereur règlera les effets que l'acte devra produire, quant aux biens et quant au rang qu'il donnera dans l'Etat à la personne qui en sera l'objet.

XIII. — L'interdiction des princes et princesses de la maison impériale, dans les cas prévus par l'article 489 du Code civil est prononcée par le conseil de famille.

Le jugement n'a d'effet qu'après avoir été approuvé par l'empereur.

Le conseil de famille exercera sur le curateur, sur l'interdit et sur ses biens, la même autorité et la même juridiction qui, entre particuliers, appartiennent aux conseil de famille ordinaires et aux tribunaux.

## TITRE II.

### *Des actes relatifs à l'état des princes et princesses de la maison impériale.*

XIV. — L'archi-chancelier de l'empire remplira exclusivement, par rapport à nous et aux princes et princesses de notre maison, les fonctions attribuées par les lois aux officiers de l'état civil.

En conséquence, il recevra les actes de naissance, d'adoption, de mariage, et tous actes prescrits ou autorisés par le Code civil.

XV. — Ces actes seront transcrits sur un registre double, tenu par le secrétaire de l'état de la maison impériale, coté par première et dernière, et paraphé sur chaque feuille par l'archi-chancelier.

Le secrétaire de l'état de la maison impériale sera nommé par l'empereur, et choisi parmi les fonctionnaires qui font ou ont fait partie du ministère ou du Conseil d'Etat.

XVI. — Le secrétaire d'état de la maison impériale demeurera dépositaire de ces registres. Il délivrera les extraits des actes y contenus, lesquels seront visés par l'archi-chancelier.

XVII. — Lorsque ces registre seront finis, ils seront clos et arrêtés par l'archi-chancelier : l'un des doubles restera aux archives impériales ; l'autre sera déposé aux archives du Sénat, conformément à l'article 13 de l'Acte des Constitutions du 28 Floréal an XII.

XVIII. — Les actes seront rédigés dans les formes établies par le Code civil, sauf ce qui est réglé par l'article 31 de l'acte des constitutions du 28 Floréal an XII, pour les actes d'adoption, dans le cas prévu par l'article 4 dudit acte.

XIX. — L'empereur indiquera les témoins qui assisteront aux actes de naissance et de mariage de la maison impériale.

S'il est absent du lieu où l'acte est passé, ou s'il n'y a pas eu d'indication de sa part, l'archi-chancelier sera tenu de prendre les témoins parmi les princes du sang, en suivant l'ordre de leur proximité du trône ; après eux, parmi les princes de l'empire titulaires de grandes dignités ; et au défaut de ceux-ci, parmi les grands officiers de l'empire et les membres du Sénat.

XX. — L'archi-chancelier ne pourra recevoir l'acte de mariage des princes et princesses, ni aucun acte d'adoption ou de reconnaissance d'enfans naturels, qu'après qu'il lui aura apparu de l'autorisation de l'empereur. A cet effet, il lui sera adressé, le cas échéant, une lettre close qui indiquera en outre le lieu où l'acte doit être reçu. Cette lettre sera transcrite en entier dans l'acte.

XXI.— Les actes ci-dessus mentionnés qui, par l'effet de circonstances particulières, seraient dressés en l'absence de l'archi-chancelier, lui seront remis par celui qui aura été désigné pour le suppléer.

Ces actes seront inscrits sur le registre ; et la minute y demeurera annexée, avoir été visée par l'archi-chancelier.

XXII.— L'acte qui fixera le douaire de l'impératrice sera reçu par l'archi-chancelier, assisté du secrétaire de l'état de la maison impériale, qui l'écrira en présence de deux témoins indiqués par l'empereur.

Cet acte, soit clos, soit ouvert, suivant que l'empereur l'aura déterminé, sera déposé au Sénat par l'archi-chancelier.

XXIII.— Lorsque l'empereur jugera à propos de faire son testament par acte public, l'archi-chancelier, assisté du secrétaire de l'état de la maison impériale, recevra sa dernière volonté, laquelle sera écrite sous la dictée de l'empereur par le secrétaire de la maison impériale, en présence de deux témoins.

Dans ce cas, l'acte sera écrit sur le registre mentionné en l'article 15 ci-dessus.

XXIV. — Si l'empereur dispose par testament mystique,

l'acte de suscription sera dressé par l'archi-chancelier, et inscrit par le secrétaire de l'Etat de la maison impériale. Ils signeront l'un et l'autre avec l'empereur et les six témoins qu'il aura indiqués.

Le testament mystique de l'Empereur sera déposé au Sénat par l'archi-chancelier.

XXV. — Après le décès des princes et princesses de la maison impériale, les scellés seront apposés dans leurs palais et maisons par le secrétaire de l'état de la maison impériale, et, en cas d'empêchement, par un conseiller d'Etat désigné à cet effet par l'archi-chancelier de l'empire.

### TITRE III.

#### *De l'éducation des princes et princesses de la maison impériale.*

XXVI. — L'empereur règle tout ce qui concerne l'éducation des princes et princesses de sa maison. Il nomme et révoque à volonté ceux qui en sont chargés, et détermine le lieu où elle doit s'effectuer.

XXVII. — Tous les princes nés dans l'ordre de l'hérédité seront élevés ensemble et par les mêmes instituteurs et officiers, soit dans le palais qu'habite l'empereur, soit dans un autre palais, dans le rayon de dix myriamètres de sa résidence habituelle.

XXVIII. — Leur cours d'éducation commencera à l'âge de sept ans, et finira lorsqu'ils auront atteint leur seizième année.

Les enfans de ceux qui se seront distingués par leurs services pourront être admis par l'empereur à en partager les avantages.

XXIX. — Le cas arrivant où un prince, dans l'ordre de l'hérédité, monterait sur un trône étranger, il sera tenu, lorsque ses enfans mâles auront atteint l'âge de sept ans de les envoyer à la susdite maison pour y recevoir leur éducation. (1)

---

1. — Cf. *Mémorial*: « L'empereur avait beaucoup d'idées nouvelles touchant l'éducation du roi de Rome ; il comptait sur l'*Insti-*

TITRE IV.

*Du pouvoir de surveillance, de discipline et de police que l'empereur exerce dans l'intérieur de sa famille.*

XXX.— Les princes et princesses de la maison impériale, quel que soit leur âge, ne peuvent sans l'ordre ou le congé de l'empereur, sortir du territoire de l'empire, ni s'éloigner de plus de quinze myriamètres (trente lieues) de la ville où la résidence impériale se trouve établie.

---

*tut de Meudon*, dont il avait déjà décrété les principes, attendant quelques loisirs pour leurs développements. Il voulait y rassembler tous les princes de la maison impériale, surtout ceux de toutes les branches qu'il avait élevées sur des trônes étrangers. C'était là joindre, prétendait-il, aux soins de l'éducation particulière tous les avantages de l'éducation en commun. « Destinés, disait-il, à occuper divers trônes et à régir diverses nations, ces enfants auraient puisé là des principes communs, des mœurs pareilles, des idées semblables. Pour mieux faciliter la fusion et l'uniformité des parties fédératives de l'Empire, chacun de ces princes eût amené du dehors avec lui dix ou douze enfants, plus ou moins, de son âge et des premières familles de son pays; quelle influence n'eussent-ils pas exercée chez eux au retour! Je ne doutais pas, continuait l'empereur, que les princes des autres dynasties étrangères à ma famille n'eussent bientôt sollicité de moi, comme une grande faveur, d'y voir admettre leurs enfants. Et quel avantage n'en serait-il pas résulté pour le bien-être des peuples composant l'association européenne! Tous ces jeunes princes, faisait observer Napoléon, eussent été réunis d'assez bonne heure pour contracter les liens si chers et si puissants de la première enfance, et séparés néanmoins assez tôt pour prévenir les funestes effets des passions naissantes : l'ardeur des préférences, l'ambition du succès, la jalousie de l'amour, etc. »

L'Empereur eût voulu que toute l'éducation de ces princes-rois, fût fondée sur des connaissances générales, de grandes vues, des sommaires, des résultats; il eût voulu des connaissances plutôt que de la science, du jugement plutôt que de

XXXI. — Si un membre de la maison impériale vient à se livrer à des déportements et oublier sa dignité ou ses devoirs, l'empereur pourra infliger, pour un temps déterminé, et qui n'excédera point une année, les peines suivantes, savoir :

Les arrêts,  
L'éloignement de sa personne,  
L'exil.

XXXII. — L'empereur peut ordonner aux membres de la maison impériale d'éloigner d'eux les personnes qui lui paraissent suspectes, encore que ces personnes ne fassent point partie de leur maison.

## TITRE V.

### *Du conseil de famille.*

XXXIII. — Il y aura auprès de l'empereur un conseil de famille. Indépendamment des attributions qui sont données à ce conseil par les articles 10, 11, et 13 du présent statut, il connaîtra :

1<sup>o</sup> Des plaintes portées contre les princes et princesses de la maison impériale, toutes les fois qu'elles n'auront point pour objet des délits de la nature de ceux qui, aux termes de l'article 101 des constitutions du 28 Floréal an XII, doivent être jugés par la Haute-Cour.

2<sup>o</sup> Des actions purement personnelles, intentées soit par les princes et princesses de la maison impériale, soit contre eux.

A l'égard des actions réelles mixtes, elles continueront à être portées devant les tribunaux ordinaires.

---

l'acquis, l'application des détails plutôt que l'étude des théories; surtout point de parties spéciales trop poursuivies, car il estimait que la perfection ou le trop de succès dans certaines parties, soit des arts, soit des sciences, était un inconvénient dans le prince. Les peuples, disait-il, n'avaient qu'à perdre d'avoir un poète pour roi, un virtuose, un naturaliste, un chimiste, un tourneur, un serrurier, etc., etc.

XXXIV. — Le conseil de famille sera présidé par l'empereur, et, à son défaut, par l'archi-chancelier de l'empire lequel en fait toujours partie.

Il sera composé, en outre, d'un prince de la maison impériale, désigné par l'empereur, de celui des princes grands dignitaires de l'empire qui aura le premier rang d'ancienneté, du doyen des maréchaux de l'empire, du chancelier du Sénat, et du premier président de la Cour de Cassation.

Le grand-juge, ministre de la justice, remplit près le conseil les fonctions de ministère public.

Le secrétaire de l'état de la maison impériale y tient la plume.

Les pièces et les minutes des jugemens seront déposées aux archives impériales.

XXXV. — Les demandes susceptibles d'être présentées au conseil seront préalablement communiquées à l'archi-chancelier, qui en rendra compte, dans huitaine au plus tard, à l'empereur, et prendra ses ordres.

XXXVI. — Si l'empereur ordonne que l'affaire soit suivie devant le conseil, l'archi-chancelier procédera d'abord à la conciliation.

Les procès-verbaux contenant les dires, aveux et propositions des parties intéressées seront dressés par le secrétaire de l'état de la maison impériale. L'accommodement dont les parties pourraient convenir n'aura d'effet qu'après avoir été approuvé par l'empereur.

XXXVII. — Le conseil de famille n'est point tenu de suivre les formes ordinaires, soit dans l'instruction des causes portées devant lui, soit dans les jugemens qu'il rend.

Néanmoins, il doit toujours entendre les parties, soit par elles-mêmes, soit par leur fondé de pouvoir, et ses jugemens sont motivés.

Il doit aussi avoir prononcé dans le mois.

XXXVIII. — Les jugemens rendus par le conseil de famille ne sont point susceptibles de recours en cassation. Ils sont signi-

fiés aux parties, à la requête du grand-juge, par les huissiers de la chambre, ou par tous autres à ce commis.

XXXIX. — Lorsque le conseil de famille statue sur des plaintes, et qu'il les croit fondées, il se borne à déclarer que celui contre qui elles sont dirigées est répréhensible pour les faits que la plainte spécifie, et renvoie pour le surplus à l'empereur.

XL. — Si l'empereur ne croit pas devoir user d'indulgence, il prononce une des peines portées en l'art. 31 ci-dessus, et même suivant la gravité du fait, la peine de deux ans de réclusion dans une prison d'Etat.

## TITRE VI.

*Des dispositions du présent statut qui sont applicables aux princes de l'empire titulaires des grandes dignités.*

XLI. — Les grands dignitaires et les ducs sont assujétis aux dispositions de l'article 31 ci-dessus dans les cas prévus par cet article.

---

*Vu : le Président de la thèse,*

CAPITANT

*Vu par le Doyen,*

CAUWÈS

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

*Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,*

LIARD.

## TABLE DES CHAPITRES

---

|                                                                                                                                                                                       |     |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|-----|
| INTRODUCTION . . . . .                                                                                                                                                                | I.  |     |
| I. — LA THÉORIE DES DIFFÉRENTS ORDRES DE LOIS.                                                                                                                                        |     |     |
| Chap. I. — Esprit des lois, esprit de l'histoire . . . . .                                                                                                                            | 1   |     |
| II. — Il y a donc différents ordres de lois... . . . .                                                                                                                                | 6   |     |
| III. — Et la sublimité de la raison humaine... . . . .                                                                                                                                | 14  |     |
| IV. — Y eut-il évolution des différents ordres de lois ? . . . .                                                                                                                      | 24  |     |
| V. — Le double aspect du droit naturel: loi naturelle,<br>raison naturelle . . . . .                                                                                                  | 34  |     |
| VI. — Le droit naturel dans l'ordre interne . . . . .                                                                                                                                 | 44  |     |
| VII. — Le droit naturel dans l'ordre externe . . . . .                                                                                                                                | 56  |     |
| VIII. — Comment appliquer la théorie des différents or-<br>dres de lois à l'histoire ? . . . . .                                                                                      | 74  |     |
| II. LA DISSOLUTION DU MARIAGE DE L'EMPEREUR NAPOLÉON<br>ET DE L'IMPÉRATRICE JOSÉPHINE.                                                                                                |     |     |
| Chap. I. — Divorce ou dissolution du mariage ? Les textes<br>officiels. . . . .                                                                                                       | 85  |     |
| II. — L'idée d'un divorce s'appuie-t-elle sur des docu-<br>ments historiques ? . . . . .                                                                                              | 98  |     |
| III. — L'hypothèse d'un divorce civil résulte-t-elle des<br>faits de la procédure ? . . . . .                                                                                         | 105 |     |
| IV. — Le rôle du Sénat. . . . .                                                                                                                                                       | 112 |     |
| V. — La migration d'un statut. . . . .                                                                                                                                                | 123 |     |
| VI. — Le Statut du 30 Mars 1806. — La maison impériale<br>et l'article 7 . . . . .                                                                                                    | 132 |     |
| VII. — Le Statut du 30 Mars 1806. — La famille impé-<br>riale et le droit politique. . . . .                                                                                          | 139 |     |
| VIII. — Le Sénatus-consulte du 16 Décembre 1809 . . . .                                                                                                                               | 145 |     |
| APPENDICE. — Statut formant la loi de la famille de S.M. l'em-<br>pereur des Français présenté au Sénat pour<br>être transcrit sur ses registres, en date du 31<br>Mars 1806. . . . . |     | 151 |





